

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LES

Instructions des Supérieurs Hiérarchiques

EN DROIT ADMINISTRATIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le Samedi 30 Mai 1908, à 2 h. 1/2

PAR

Gabriel MANDRETTE

Président : M. JACQUELIN, professeur

Suffragants { MM. BERTHÉLEMY, professeur
SAUZET, professeur

PARIS V.

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LES

Instructions des Supérieurs Hiérarchiques

EN DROIT ADMINISTRATIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le Samedi 30 Mai 1908, à 2 h. 1/2

PAR

Gabriel MANDRETTE

Président : M. JACQUELIN, professeur

Suffragants { MM. BERTHÉLEMY, professeur
SAUZET, professeur



PARIS V°

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1908

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LES INSTRUCTIONS

DES

SUPÉRIEURS HIÉRARCHIQUES

AVANT-PROPOS

En disséquant le pouvoir de contrôle hiérarchique, il est possible de reconnaître qu'il comporte en principe :

1° Des prescriptions ou instructions adressées par le supérieur à l'inférieur ;

2° Des autorisations ou approbations d'actes ;

3° Des annulations et des réformations d'actes ;

4° Des substitutions d'action ;

5° Des confirmations d'actes.

Nous avons tenté d'analyser le premier terme de cette énumération en indiquant ce qu'est une instruction administrative en soi, en précisant ses différents modes

et ses différents effets tant vis-à-vis des supérieurs qui la donnent que des inférieurs qui la reçoivent et des tiers.

Nous avons cru bon, comme préface à ce travail, d'indiquer sommairement ce qu'il convient d'entendre par fonction publique ou fonctionnaire public, de façon à déterminer le plus possible les moteurs qui vont diriger par leurs instructions toute la machine administrative.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

La Fonction Publique

Les attributions de l'État ont pris de nos jours une telle extension, elles sont devenues si variées et si multiples, qu'il est très difficile de donner du fonctionnaire public une définition unique et suffisamment précise. D'une part, l'acception de ce terme diffère suivant les points de vue auxquels on se place et varie avec les matières dans lesquelles on l'emploie. D'autre part, le souci de distinguer dans leur qualification tous les individus qui assurent, de près ou de loin, le fonctionnement du régime d'État, a amené la création d'un grand nombre de termes : citoyen investi d'un ministère de service public ; agent de la force publique, de l'autorité publique ; agent du gouvernement ; et il s'est trouvé qu'ayant voulu préciser, on a au contraire fait éclore de sérieuses difficultés et ouvert beaucoup de controverses. Parmi ces individus ou tout au moins quelques-uns, doit-on compter les fonctionnaires ou ne doit-on pas les compter ? Cet examen ne rentre pas dans le

cadre de notre travail. Nous nous bornons en effet, à rechercher seulement ce qui peut caractériser le fonctionnaire public, sans nous préoccuper de la qualification supplémentaire que ce dernier pourrait recevoir dans tel ou tel cas.

La multiplicité d'objets, le caractère très malléable de la fonction publique qui doit se modeler, pour les régir, sur les diverses existences sociales ou individuelles du régime d'état, permettent très difficilement de trouver une formule pleinement satisfaisante. Aussi, ne doit-on pas s'étonner de trouver sur ce sujet, comme sur beaucoup d'autres du droit administratif, un grand nombre de définitions forcément vagues, ayant pour la plupart, le tort d'être trop compréhensives.

D'après Béquet (*Répertoire du droit administratif*, v. Fonctionnaire), le fonctionnaire, dans son sens le plus large, serait « le citoyen qui dépositaire ou auxiliaire du pouvoir, concourt à l'administration du pays et à la gestion de la chose publique ».

Cette définition semble faire de l'exercice de la puissance publique, si faible soit-elle, l'un des attributs nécessaires de la fonction publique et paraît exclure en conséquence un grand nombre de fonctionnaires qui, tout en ne détenant pas la moindre parcelle d'autorité, n'en jouent pas moins un rôle de plus en plus considérable dans l'État. Nous voulons parler des membres du corps enseignant.

Personne ne conteste aux professeurs des écoles pri-

maires, secondaires ou supérieures, la qualité de fonctionnaires et cependant, ils n'exercent aucune autorité sur leurs concitoyens. Ils reçoivent de l'État la haute mission d'instruire le peuple concurremment avec l'enseignement libre, et la coexistence de l'enseignement officiel et de l'enseignement libre paraît suffire à elle seule pour exclure toute idée d'autorité. Mais, outre qu'il est peut-être possible de poser une distinction entre les services publics proprement dits impliquant la puissance publique et les services de gérance qui n'impliquent pas la puissance publique (parmi ces derniers se placerait l'enseignement) ; que si l'on considère, comme il est plus probable que tous les services reposent sur la puissance publique, laquelle n'a point une forme unique mais peut se manifester de façons très diverses (Conseil d'État, 20 mai 1898, Gailarde), il n'en est pas moins vrai qu'un service public ne constitue pas essentiellement un monopole, par exemple : les services des colis postaux, de la caisse d'assurance pour la vieillesse, de l'enseignement. D'ailleurs, l'expression « auxillaire du pouvoir » est assez souple pour permettre au corps enseignant de rentrer dans son terme.

Ce n'est pas dans ce sens qu'il nous paraît possible de critiquer la définition précitée. Bien au contraire et quoique les auteurs aient pris soin de nous en avertir, nous croyons que la formule est encore trop large et qu'on peut voir des « auxillaires du pouvoir » dans

toute une catégorie de citoyens qui traités sur bien des points comme des fonctionnaires (art. 209 et s. du C. pén. ; art. 222 et s. du C. pén. ; loi du 29 juillet 1881, art. 26-29-31-33, etc. ; art. 228 et s., 262 et s. du C. pén.), ne le sont point cependant. Ce sont les officiers ministériels mêlés au fonctionnement de la justice. Il est évident que la procédure à suivre devant les cours de justice importe à l'État. La puissance publique en assure la bonne marche, en faisant respecter les règles posées.

Or,

1^o L'huissier a seul qualité pour faire des exploits, signifier les actes de procédure, exécuter les jugements au moyen de saisies tant sur les biens que sur la personne.

2^o Les avoués ont la prérogative de représenter les parties en justice devant les tribunaux de droit commun. Devant ces tribunaux leur ministère est obligatoire pour les parties, sauf de rares exceptions. De même dans les expropriations pour cause d'utilité publique.

3^o Les greffiers sont chargés de la rédaction et de la garde des minutes des actes judiciaires, d'en délivrer des grosses, etc. Quoique certains auteurs aient conclu que les greffiers étaient des fonctionnaires publics et non des officiers ministériels, cette qualité ne peut leur être cependant refusée, car ils ont un monopole, transmettent leur office et reçoivent des émoluments des parties aux-

quelles ils ne peuvent refuser leur ministère. Or, ce sont là précisément les traits qui caractérisent les officiers ministériels. D'ailleurs, les articles 60-1030-1034 du Code de procédure civile et 224 du Code pénal qui sont relatifs aux officiers ministériels, s'appliquent aussi aux greffiers.

Dès lors, n'est-il pas logique d'affirmer que toutes ces personnes sont des auxiliaires d'autant plus précieux du pouvoir, que s'ils refusaient leur office, un des services les plus importants de l'État en serait complètement paralysé.

Une semblable critique ne peut être adressée à la définition de Block (*Dictionnaire de l'administration française*. V^o Fonctionnaire), d'après laquelle sont fonctionnaires « tous ceux qui font partie, à titre normal, des cadres administratifs organisés en vue d'assurer le fonctionnement des services publics ». Mais, à la vérité, la formule est aussi imprécise que possible. Où trouver les jalons limitant le cadre administratif? Évidemment et d'après la définition même, dans la sphère d'action des services publics. Parmi les agents qui concourent à établir cette sphère d'action, se trouvent bien certainement les officiers ministériels dont nous nous occupons ; mais, ils n'interviennent pas à titre normal, ils sont des rouages indirects. On sent cependant toute la nébulosité de ce titre normal. Le dosage ne peut qu'en être arbitraire. Aussi bien, vaut-il mieux peut-être, comme a essayé de le faire la Cour

de cassation, chercher une formule d'un point de vue plus subjectif.

D'après un arrêt du 29 mai 1886 (D. P. 87. 1.238), le fonctionnaire public est le citoyen revêtu à un degré quelconque d'une portion de la puissance publique, ou encore celui qui, investi d'un mandat public soit par une élection régulière soit par une délégation du pouvoir exécutif, puise dans l'exercice de ce mandat le droit de concourir à la gestion des affaires de l'État, du département, de la commune.

D'après un autre arrêt, (S. 86. 1. 493 ; D. P. 87. 1. 507), qui, dans la matière qui nous occupe diffère beaucoup du précédent, la Cour décide que sont fonctionnaires tous les « citoyens qui, sous une dénomination quelconque, sont investis d'un mandat dont l'exécution se lie à un intérêt d'ordre public et qui, à ce titre, sont soumis à l'autorité du gouvernement ». Quoique essayant de sérier les cas pour les mieux délimiter, ces deux définitions permettent de comprendre parmi les fonctionnaires les officiers ministériels. Ces derniers concourent certainement à la gestion des affaires de l'État, du département (avoués, huissiers, dans le service public de la justice) ; ils sont investis d'un mandat dont l'exécution se lie à un intérêt d'ordre public et sont soumis à l'autorité du gouvernement, car ils sont nommés par lui sur la présentation de leurs prédécesseurs et peuvent être destitués de leurs fonctions en cas de faute grave. Nous pouvons même ajouter qu'ils reçoivent

vent, quoique non fonctionnaires, des instructions du garde des Sceaux.

Il est donc particulièrement difficile de trouver une formule assez concise et assez nette à la fois pour définir le fonctionnaire public.

Nous essaierons cependant de nous rapprocher le plus possible de l'exactitude en disant que, selon nous, le fonctionnaire public est le citoyen qui, soit par suite d'une délégation du pouvoir exécutif, ce qui est le cas le plus fréquent, soit par suite de l'élection ou même la désignation par le sort (jurés), ce qui est le cas le plus rare, est investi d'un mandat dont l'exécution se lie à un intérêt d'ordre public et puise dans ce mandat le droit de concourir à la gestion des affaires de l'État, du département ou de la commune, en conservant dans *tous les actes de sa fonction le caractère d'instrument du pouvoir social*.

Cette définition, peut-être un peu longue, nous paraît avoir le mérite de pouvoir s'appliquer à toutes les catégories de fonctionnaires, quelle que soit leur origine (nomination par le pouvoir exécutif, élection, désignation par le sort), exerçant des fonctions permanentes ou temporaires. De plus, elle exclut les officiers ministériels qui, s'ils coopèrent à la marche des services publics, ne se posent pas d'une façon permanente comme instruments du pouvoir social.

Par exemple :

1^o Lorsque les avoués donnent des conseils, font con-

sentir des transactions, établissent des modèles d'actes sous seing privé.

2° Lorsque les huissiers recouvrent des créances, vendent des meubles aux enchères sur le désir du vendeur.

3° Lorsque les greffiers procèdent à des ventes d'effets mobiliers.

CHAPITRE PREMIER

Caractères déterminants de l'instruction du supérieur hiérarchique

§ 1. — *La forme et le fond*

Il est nécessaire, pour apprécier complètement ces caractères, de se poser une double question :

1° Qu'est dans la forme l'instruction du supérieur hiérarchique ?

2° Qu'est-elle au fond ? Quel est son but ?

A. — *La forme.* — Pour arriver à l'existence et produire des effets normaux, l'instruction n'a pas de forme minima exigée à peine de nullité. Point n'est besoin pour le supérieur de motiver son opinion par des visa de textes législatifs, des considérants, un dispositif rédigé par articles, une sorte de procédure réglée à l'avance. Si cependant, dans la plupart des cas, l'exposé des principes établis par des lois ou décrets est fait, c'est bien par un besoin de clarté, de méthode, mais nullement par une nécessité formelle.

A la vérité, s'il n'y a pas de schéma directeur pour la confection de l'instruction, le supérieur peut théoriquement, s'il lui en prend fantaisie, régler lui-même la manière dont il lui plaira de communiquer ses vues. Il peut adopter le procédé des jugements de tribunaux, des arrêts de Cours d'appels, de la Cour de cassation, du Conseil d'État ; statuer par attendus, par considérants, ou bien encore disposer ses observations comme s'il s'agissait d'un arrêté.

Quoi qu'il en soit, la plupart du temps l'instruction est écrite et collective adressée dans ce dernier cas, pour plus de rapidité, aux subordonnés sous forme de lettre circulaire. Mais si le plus souvent elle est écrite, cette manifestation, si réduite soit-elle, de son existence, peut disparaître. Nous avons, en effet, l'exemple de nombreuses instructions verbales. Les visites des magistrats du parquet aux procureurs généraux, les conférences de ces derniers avec le ministre de la Justice, celles des préfets, des gouverneurs de colonies, des commandants de corps d'armée, des directeurs des services d'État dans les départements avec les ministres dont ils dépendent, ont presque toujours pour but de permettre aux supérieurs de donner des instructions qu'il serait trop long ou trop délicat, vu leur caractère confidentiel, de transmettre par écrit.

Tout ce qu'il est possible d'affirmer ici, c'est que l'instruction doit être adressée par un supérieur à un inférieur placé sous ses ordres. A part cette nécessité

évidente, c'est le régime de la liberté formelle poussée au plus haut degré.

Cette souplesse dans la forme de l'instruction ne nous permet pas de découvrir, à ce point de vue, une différence avec les autres modes par lesquels les supérieurs hiérarchiques imposent à leurs subordonnés leur manière de voir : l'ordre ou l'injonction et la décision simple.

L'ordre pourra lui aussi être donné par écrit ou verbalement et de même la décision.

Par exemple 1^o pour l'injonction : la mise en demeure adressée par un procureur général à un procureur de la République d'avoir à fournir des explications sur la façon dont il a dressé une statistique criminelle, appliqué la répression de la mendicité, classé des affaires sans suite, abusé de la conduite des prisonniers par les huissiers, délivré des billets d'écrou, etc.

L'injonction adressée par un ministre à ses préfets, d'avoir à justifier les conclusions d'un rapport trop peu documenté etc., etc.

La désignation des personnes devant recevoir les déclarations de retour nécessaires pour obtenir l'application d'une loi d'amnistie à l'égard des déserteurs. (Circ. du ministre de la Guerre du 12 juillet 1906.)

2^o Pour la décision : Sur les objections proposées par le subordonné à un ordre du supérieur, celui-ci persiste dans son opinion par l'envoi d'un nouvel ordre confirmatif.

Bien plus, il ne va pas même être possible de distinguer l'instruction de l'acte administratif par excellence : la décision exécutoire, au moins en tant que cet acte emprunte sa forme la moins parfaite. En effet, bien que les ministres et les préfets statuent, en général, sous forme d'arrêtés, d'après des règles fixes de disposition, il est admis qu'ils peuvent aussi statuer par simple décision, c'est-à-dire en la forme d'une lettre missive. Un décret en Conseil d'État daté du 15 novembre 1856 (Langlois) admet un pourvoi contre une lettre d'un préfet faisant connaître à la partie que le ministre l'avait chargé de lui annoncer le rejet d'une réclamation.

Un autre décret en Conseil d'État admet comme suffisante pour justifier un recours, une décision ministérielle qui, en matière d'affrètement de navire, se réfère à l'avis d'une commission de transport maritime dont le réclamant avait connaissance (Conseil d'État, 25 juin 1857, Folsch.)

De même la décision d'un préfet par simple lettre ou résultant d'un simple approuvé conserve toute sa force. (Colmar, 25 mars 1841. Voinot contre Verne.)

En principe, cette forme exécutoire minima : la forme écrite, devrait être absolument exigée et aucune décision administrative, par conséquent, n'avoir force exécutoire si elle n'était écrite, datée et signée. Cependant et quoique ayant posé en principe que les actes de nomination et de révocation doivent être écrits, le Conseil d'État admet la nomination et la révocation verbales

d'un fonctionnaire. (Cuisinier, C. E., 1^{er} juin 1900.) (1).

Aussi bien, après avoir reconnu que l'instruction comme la décision exécutoire doivent émaner d'autorités administratives ayant reçu dans leurs attributions un pouvoir propre (la plupart du temps ce seront les mêmes autorités : autorités locales, centrales, autorité supérieure, suivant la terminologie de la loi du 24 mai 1872, art. 9 et 17 juillet 1900, art. 3), serait-on tenté de rechercher une différence formelle (2), en ce que la déci-

1. Le sieur Cuisinier, invité par le maire de Calais à cesser ses fonctions d'archiviste de la mairie, avait saisi le tribunal civil d'une demande tendant à obtenir le paiement de son traitement par le motif qu'une simple injonction verbale du maire n'avait pu mettre fin à ses fonctions. Le tribunal avait sursis jusqu'au prononcé de la juridiction compétente sur la validité de la décision verbale. Le Conseil d'État la déclara valable. Ici, le Conseil d'État semble trancher une question d'espèce; aucun texte, cependant, n'exige en pareille matière l'écrit, mais en pratique il s'impose. A son défaut, en effet, l'employé pourrait contester l'existence de l'acte verbal et le maire serait obligé de l'établir par témoins ou tout autre mode de preuve, solution bien peu pratique. D'autre part, l'employé ne pourrait déférer au Conseil d'État la décision prise à son égard; il ne pourrait même pas se rendre compte de la portée de cette décision, voir par exemple si elle entraîne privation du droit à la pension.

2. Ce point de vue est bien formel, puisque la vertu exécutoire est attachée à la forme de la décision; un acte doué de force exécutoire peut très bien, au fond, ne pas produire un effet de droit. Exemple : Les délibérations des conseils généraux et municipaux prises hors des sessions légales sont annulées sans que l'on recherche même quel peut être leur contenu (art. 33, 34, loi du 10 août 1871; art. 63, loi du 5 janvier 1884).

Les délibérations des mêmes conseils contenant simplement vœux politiques, proclamations, adresses sont annulées et pourtant elles ne sont capables de produire aucun effet juridique. Dès lors, elles doivent bien posséder une certaine force exécutoire, car sinon, pourquoi éprouverait-on le besoin de les annuler? Il faut bien reconnaître qu'elles obli-

sion par sa seule vertu tend à l'exécution vis-à-vis des administrés, tandis que l'instruction n'y tend pas.

Cette observation serait fort grave, si la théorie de la force exécutoire ne s'était modifiée depuis que les délibérations des assemblées locales figurent parmi les décisions exécutoires (loi du 10 août 1871, art. 48 et 5 avril 1884, art. 61, le droit commun des délibérations des assemblées locales est la délibération réglementaire)

Auparavant, pour qu'un acte d'administration fût exécutoire, il fallait qu'il le fût vis-à-vis de l'administré ; mais actuellement, il peut très bien l'être vis-à-vis d'autorités administratives, par exemple le préfet ou le maire, qui devra exécuter la délibération.

M. Borsi. *L'esecutorieta degli atti amministrativi*, Turin 1901, a nié cette qualité de la délibération, en prétendant qu'elle ne procède pas du même principe chez les fonctionnaires et les administrés. Les fonctionnaires obéissent en vertu d'un devoir d'office, tandis que les administrés obéiraient en vertu d'un devoir de sujétion. Cependant, dans les deux cas, il y a bien force exécutoire, donc tendance à l'exécution jusqu'à ce qu'une nullité prononcée vienne l'anéantir.

Dès lors, n'est-il pas logique de considérer également une force exécutoire attachée à l'instruction. Par le seul fait de sa présence, elle obligera le subordonné

gent le préfet ou le maire à transmettre les vœux, faire afficher la proclamation, si on ne les annule pas.

à exécuter quelque chose, à prendre diverses mesures, à agir enfin dans tel ou tel sens. Sans doute, dans quelques cas, l'instruction laissera au subordonné une assez grande initiative, mais elle imposera cependant un fil conducteur.

Souvent, par contre, elle sera impérative (circulaire aux parquets prescrivant la relaxation de mendiants dans un cas déterminé ; la cessation de poursuites dans une telle affaire), et si le chef veut briser sa force exécutoire, il devra user contre elle d'une voie de nullité : la rapporter par des ordres nouveaux.

B) *Le fond.* — Le fonctionnement d'une loi nouvelle, d'un décret ou d'un règlement, la modification du milieu régi par des dispositions vieilles (Ex : Police du roulage) entraînent nécessairement une mise au point, une recherche d'une juste moyenne pouvant servir de pivot à l'application des diverses règles. La nécessité d'assurer la bonne marche des services publics, oblige au choix de la meilleure direction possible.

La détermination de cette mise au point, la fixation de ce choix, constituent proprement le fond et le but de l'instruction administrative, de telle sorte qu'elle se présente dans les mains du chef comme l'instrument moteur, unificateur et régulateur de l'administration. Mais tout de suite se pose une grave question : Jusqu'à quel point le supérieur hiérarchique peut-il aller dans l'interprétation des lois, décrets et règlements ?

Le supérieur peut expliquer la loi et, dans cette

explication, son opinion, obligatoire pour ses subordonnés, ne lie pas les tribunaux. Elle n'a pour eux que la valeur d'une simple consultation juridique donnée par un personnage qu'il faut supposer bien placé à tous points de vue pour avoir un jugement éclairé ; s'il en était autrement, il ne serait pas possible de déférer aux tribunaux les opinions de l'administration. De même, un avocat, par son expérience, dirige son client sans pouvoir toutefois prétendre imposer sa façon de voir aux tribunaux autrement que par la profondeur de ses vues et la rigueur de son raisonnement.

Ceci incontestablement vrai (nous aurons l'occasion, plus loin, d'en citer de nombreux exemples pratiques), on sent toute la difficulté de poser les limites dans lesquelles pourront se mouvoir les vues du supérieur. Pourra-t-il brutalement modifier la loi ? Pourra-t-il la compléter ? Non certainement ! et s'il le pouvait, ses innovations ne seraient pas acceptées par la jurisprudence.

Mais il est des compléments, des modifications presque insensibles que l'on peut induire bien plus de la pensée du législateur que du texte de la loi, qui constituent l'esprit de la loi. Eh bien, ces adaptations bien plus que modifications, le supérieur non seulement pourra les faire, mais il devra les faire. Son rôle est de connaître les besoins sociaux, de faire réfracter selon eux les textes, de chercher la façon dont ces besoins ont fait éclore ces textes, et, d'après tout cela, d'en

diriger l'application. L'analyse à laquelle il se livrera, le dosage qu'il établira seront forcément arbitraires, parce que la psychologie sociale est trop compliquée pour permettre des données quelque peu précises.

On peut vérifier ce principe que les lois même les plus mauvaises n'ont jamais fait tout le mal que l'on pouvait escompter et les lois même les meilleures tout le bien qu'on attendait d'elles, dans le fait que les nécessités pratiques d'une part, ne permettent pas le jeu intégral d'une législation quelconque et que d'autre part, derrière le texte d'une loi, il y a quelque chose de bien délicat à préciser, qu'on est convenu d'appeler l'esprit de la loi.

A la vérité, si le texte est fort heureusement clair pour la plupart des cas, il n'en est pas de même de l'esprit. Ce dernier s'obscurcit par l'abolition du milieu et la succession des jours.

Arriva-t-on même à en pénétrer exactement le sens, il serait impossible de l'appliquer dans toute sa rigueur. Le milieu social se modifie perpétuellement, à un tel point qu'il devient nécessaire de modifier parallèlement l'angle sous lequel on considère le texte. C'est l'honneur de la jurisprudence d'avoir rajeuni l'anachronisme de certaines interprétations par ses jugements, comme c'est l'honneur de l'administration de l'avoir fait par ses circulaires.

Il ne faudrait pas cependant ériger ces observations en règle générale et, sous prétexte d'être plus harmo-

nisé avec les faits, proclamer une espèce d'interprétation coutumière variable à tous propos et pour n'importe qu'elle raison. Il y a lieu, par-dessus tout, de considérer les besoins vraiment impérieux, les modifications vraiment sensibles, l'état d'esprit vraiment général, pour éviter les heurts et assurer en même temps que le progrès, la stabilité sociale. Progrès et stabilité seront presque toujours en guerre ouverte du fait que chez chaque individu ou groupe d'individus, l'évolution des conceptions n'aura pas la même marche et, s'il est besoin de rechercher le moindre mal, on peut dire qu'il convient bien plutôt de ralentir la marche des transformations que de courir le risque d'établir un complet désarroi.

Il faut reconnaître, en fait, que l'administration et la jurisprudence ont toujours usé avec une grande prudence de cette possibilité de réformation indirecte qu'elles tenaient de leur nature même.

Il importe donc grandement à l'administration d'un pays de procéder avec unité de vues dans l'application des lois. C'est dans ce but que vont être élaborées, l'accord établi, des instructions qui porteront jusqu'aux plus bas degrés de l'échelle hiérarchique la manière de voir des agents supérieurs. Ce but est le fond même de l'instruction : déterminer autant que possible les idées du législateur, les besoins du milieu pour régler dans un sens aussi précis, aussi uniforme qu'il

se peut, l'application des dispositions législatives et réglementaires de tout ordre (1).

A côté de ce rôle interprétatif et régulateur de l'instruction, il en est deux autres dont l'importance n'est pas égale.

Par le premier comme par celui que nous venons d'examiner, l'administration conditionne sa manière d'être envers les administrés. Elle oriente sa marche, règle ses modes afin d'agir directement sur les tiers.

En effet : ou elle procède à l'application des lois et ceci intéresse directement les tiers ; ou elle prend des décisions dont l'objet est forcément une modification ou un maintien de sa manière d'être envers les tiers.

Par le second, au contraire, elle se conditionne vis-à-vis d'elle-même, elle crée une atmosphère qui lui permettra d'exister et si les tiers en ressentent quelques effets, ce ne pourra être qu'indirectement.

Tout d'abord, l'instruction interviendra pour donner avec quelques développements les ordres que nécessite une circonstance grave. Elle pourra, dans ce cas, provoquer quelquefois un acte de gouvernement ou un acte

1. Comme exemple de l'adaptation d'un texte aux besoins pratiques :

1° Circulaires aux procureurs généraux, aux procureurs de la République sur l'application des lois sur la répression de la mendicité.

2° Circulaires sur le classement des procès-verbaux sans suite. Tel procureur général exigera des poursuites dans tous les cas caractérisés même de la façon la plus minime, tel autre ordonnera de ne pas poursuivre même pour vol, si l'objet, par exemple, est de peu d'importance.

discrétionnaire. Un acte de gouvernement s'il s'agit par exemple d'une instruction sur la conclusion d'un traité diplomatique ; d'une instruction pour répartir entre les intéressés une somme versée par une puissance étrangère, en vertu d'accords diplomatiques, à titre de réparation de dommage ; d'instructions provoquant les arrêtés de gouverneurs de colonies modifiant la situation légale de territoires coloniaux, transformant par exemple une portion de colonie en un territoire de protectorat. (Conseil d'État, 18 mars 1898. Conseil général du Sénégal.)

Un acte discrétionnaire s'il s'agit d'une instruction ordonnant création d'un service nouveau ou d'institution nouvelle, par exemple, prescrivant la nomination par un maire d'un archiviste dans une commune où il n'y en avait pas eu jusque-là.

Enfin, des décisions plus ou moins importantes pour les particuliers, pourront être provoquées par les circulaires relatives aux diverses mesures de police, à la sûreté antérieure de l'État : Arrêtés préfectoraux interdisant l'affichage de manifestes séditieux (Conseil d'État, 2 avril 1886, Fontenaud) ; Lacérations d'affiches électorales sur l'ordre du sous-préfet et du ministre. (Conflits, 15 février 1890, Vincent.)

Lorsque l'administration se conditionne vis-à-vis d'elle-même, qu'elle crée l'atmosphère où elle puisera l'existence, c'est encore pour une large part à l'instruction qu'elle a recours.

S'agira-t-il de créer des services nouveaux, de modifier les heures d'ouverture des bureaux, de constater l'accomplissement des devoirs professionnels de tous les agents : la circulaire viendra fixer les règles, proposer et expliquer les manières d'agir. (Circulaires sur les feuilles de présence, sur la modification des heures de distribution des lettres, sur la compétence territoriale de nouveaux commissariats de police.

Cette dernière utilité de l'instruction, peut être la moins importante au regard des administrés, est celle qui l'est le plus dans son origine, puisqu'elle a permis à l'organe administratif de se créer et de se développer utilement et rapidement.

Nous avons montré que l'instruction, envisagée dans son but, est aussi variable que possible. On peut affirmer qu'il n'est pas un seul mode de l'activité de l'administration où elle ne puisse trouver sa place.

Ceci posé, existe-t-il une réelle différence au fond comme l'ont affirmé beaucoup d'auteurs, entre l'instruction et les autres modes par lesquels les supérieurs exercent une partie de leur contrôle hiérarchique : l'ordre ou injonction, la décision ?

On a dit (Dufour. *Traité général de droit administratif*) :

« L'instruction a pour but d'éclairer les agents inférieurs sur l'esprit dans lequel doivent être exécutées les mesures réclamées par une circonstance prévue ou imprévue.

L'ordre implique commandement de faire une chose déterminée.

La décision est la confirmation d'un ordre. Si le ministre, sur les objections proposées par le fonctionnaire qui pense que la loi sur laquelle l'ordre donné est fondé, n'a pas été bien comprise, persiste et en informe son subordonné, la prescription prend le nom de « décision ».

Dans le même sens : Foucart et Chauveau. Trolley, *Cours de droit administratif* n° 153, reconnaît que « la dépendance hiérarchique fera quelquefois pour l'agent inférieur, une injonction d'une instruction. Dans quel cas ? Si l'instruction est spéciale, actuelle, impérative, l'agent doit appliquer la loi et l'ordonnance comme le ministre responsable l'entend et veut qu'on l'entende. Que si, au contraire, elle est générale, si c'est un simple commentaire qui n'ait rien d'actuel et d'impératif, le fonctionnaire ne sera pas obligé de faire prévaloir l'opinion et l'avis du ministre, disparu peut-être de la scène du pouvoir, sur le véritable sens et le véritable esprit de la loi ou du règlement. » Et n° 28 : « Pour les agents administratifs, une instruction ministérielle sera virtuellement et presque toujours l'ordre, l'injonction, d'entendre une loi dans tel sens, de l'appliquer de telle manière. Cependant, nous concevons qu'un préfet puisse *quelquefois* mettre de côté une circulaire qui lui paraît avoir mal compris la loi, sans vio-

ler la règle de la dépendance administrative. *Ce sera une question de fait.* »

Ainsi, la seule règle qui nous guidera pour distinguer l'instruction de l'ordre, sera la nécessité d'un calcul de l'énergie formelle contenue dans la communication du supérieur, ou bien le fait qu'une opinion a été examinée une deuxième fois !

Il faut convenir que ce n'est pas assez pour établir une différence de nature entre ces trois actes, surtout lorsqu'on observe que l'instruction, dans la plupart des cas, oblige le subordonné de la façon la plus absolue.

A la vérité, le besoin d'analyse étant une nécessité de l'esprit, il existe un moyen de rapport entre supérieurs et subordonnés pour assurer la direction et la marche des affaires administratives.

Ce moyen de rapport est l'instruction.

A cause des nécessités et des besoins, toujours très divers, il devra se modeler d'après les faits, il interviendra avec plus ou moins de force sans cesser d'être, au fond, le même.

a) Lorsque le supérieur expliquera un point obscur, il donnera des *instructions explicatives*.

b) Lorsqu'il jugera qu'une part d'initiative doit être laissée au fonctionnaire subalterne, il donnera des *instructions emportant conseil*.

c) Lorsqu'il prescrira quelque chose, il donnera des *instructions impératives*.

d) Enfin, lorsqu'il maintiendra sa manière de voir

malgré les observations des inférieurs, il prescrira à nouveau, il persistera dans un ordre précédent¹⁾ ; il donnera des *instructions confirmatives* (1).

On aperçoit par conséquent, non pas trois, mais quatre modes d'une même catégorie d'actes, doués d'un degré différent d'énergie.

L'explication ne comporte aucun pouvoir sur les décisions des subordonnés, elle se borne à éclaircir des principes, elle n'en affecte pas les conséquences ou du moins, elle ne les affecte qu'en ce qu'elle a bien déterminé ces principes.

Le conseil conditionne la décision du subordonné, il tend, par la seule force de son autorité, vers une solution déterminée avec, dans certains cas, presque autant de puissance que l'ordre.

L'injonction prescrit d'une façon positive.

La décision est encore plus énergique, puisque la réflexion, l'examen du supérieur viennent encore ajouter leur poids à la force de l'injonction primitive.

C'est dans ce sens large ainsi défini que nous envisageons désormais l'instruction.

1. Il n'est pas plus possible de voir dans la dernière opération une nature différente de la troisième que dans la deuxième de la première ou que dans les deux premières des deux dernières. Si la décision ne peut être classée avec l'ordre, pourquoi l'explication pourrait-elle l'être avec le conseil ?

Il n'y a là qu'une hiérarchie ascendante des effets de l'énergie de l'acte.

§ 2. — *L'instruction est-elle un acte administratif ?*

Si l'on envisage la qualité d'acte administratif dans un sens large, l'appliquant à tous les actes de l'administration, il est bien certain que l'instruction est un acte administratif. Mais si, parmi ces actes, on s'attache seulement à ceux par lesquels s'exercent les pouvoirs et les droits des administrations en vue du fonctionnement des services publics et de l'application des lois, ceux qui produisent par eux-mêmes un effet de droit « aux décisions exécutoires » en d'autres termes, la question va devenir très délicate. Et d'abord, quels sont les éléments de la décision exécutoire ? Il en est qui sont des éléments de forme et d'autres des éléments de fond.

Éléments de forme. — La décision exécutoire doit émaner d'une autorité administrative et être dans une forme exécutoire.

Nous avons examiné plus haut ces éléments. Nous avons montré qu'à notre sens, il n'y a pas de différence toujours et absolument vraie entre les deux catégories d'actes administratifs qui nous occupent. Si l'arrêté réglementaire se distingue quant à la forme de l'instruction prescrivant la fermeture d'un bureau une heure plus tôt ou plus tard, telle décision, par lettre missive ou verbale, autorisant la représentation d'une pièce par une tournée de passage, ne se distinguera

pas d'une instruction entraînant, par exemple, un acte de gouvernement.

Bien plus, celle-ci paraîtra beaucoup plus importante, d'une forme beaucoup plus juridique que celle-là.

Voyons au point de vue du fond.

Eléments de fond.—La décision exécutoire comporte :

1° Une manifestation de volonté, soit positive, soit négative (Loi du 17 juillet 1900).

De toute évidence, l'instruction est aussi une manifestation de volonté positive dans tous les cas, puisque son caractère propre est de prescrire presque toujours quelque chose.

Si, à ce point de vue, on peut laisser de côté les instructions explicatives, il n'en est pas moins vrai que l'on rencontrera cette manifestation de volonté dans tous les autres modes de l'instruction, et ces autres modes sont les plus nombreux et les plus importants.

2° En vue de produire un effet de droit, soit pour l'administration seule, soit à la fois pour l'administration et pour les administrés.

Il est assez malaisé de bien caractériser cet effet de droit. En quoi doit-il consister ? Tout d'abord, il faut se garder d'une interprétation trop étroite et croire que le seul fait, pour une décision, d'être exécutoire par elle-même, ou bien encore que le seul fait de créer un contentieux contre elle, constitue uniquement l'effet de droit.

Dans le premier cas, à la vérité, il y a bien certainement un effet de droit produit. Par exemple, lorsqu'une

délibération d'un conseil général doit être exécutée par le préfet, des questions de rapport juridique entre ces deux autorités administratives vont être soulevées ; il y aura lieu de se demander quand, dans quelle forme devra intervenir l'exécution de la délibération du conseil. Mais ce n'est qu'une conséquence particulière (et il y en a d'autres) de la nature de la décision.

Dans le deuxième cas, il y a aussi un effet de droit, mais un effet indirect. Or, ce n'est pas l'unique possibilité d'un recours contentieux qui doit caractériser la décision.

D'ailleurs, dans les deux formules que nous envisageons, la nature de l'acte administratif n'est déterminé que par ses effets, alors que, au contraire, c'est la pré-existence de cette nature qui doit déterminer les effets. Nous devons rechercher avec quelle force interne, avec quelle manière d'être originale se présente la décision exécutoire. Et seulement ensuite, de cette manière d'être, de cette force interne, déduire les effets.

Adoptant les conclusions de M. Hauriou, sur cette matière, nous dirons qu'il faut « partir de ce fait que l'administration se meut au milieu de situations juridiques déjà établies, de sorte que tout acte juridique nouveau émané d'elle aura pour but de modifier une situation antérieure. De ce point de vue, toute décision exécutoire qui tendra à modifier par elle-même une situation juridique antérieure, tendra par là même à produire effet de droit ».

Voilà bien la force interne de la décision exécutoire, voilà bien ce qui caractérise d'une façon générale sa nature : la modification d'une situation juridique déjà existante.

Allons — nous pouvoir faire rentrer dans ce terme l'instruction ?

Observons que l'ordre du supérieur produit des effets de droit à l'endroit de l'inférieur, en ce sens que ce dernier sera obligé de l'exécuter et qu'ici aussi, une question de rapport entre deux autorités administratives pourra se poser.

Observons encore que l'ordre du ministre pourra lier l'administration.

Mais là se borne le rapprochement possible au fond et seulement quant à des effets spéciaux. L'instruction sera impuissante à modifier par elle-même une situation juridique. Si elle tend à faire prendre par les inférieurs des décisions, en elle-même elle ne modifie point les situations juridiques. Si elle oblige les agents administratifs à émettre une prétention au nom de l'État, elle n'émet pas encore elle-même cette prétention et c'est seulement lorsque la décision sera intervenue que la prétention sera posée.

La décision exécutoire transforme directement les droits des administrés. L'instruction intervient comme une mesure préparatoire, elle ne peut atteindre les tiers que par ricochet. Elle ne s'adresse pas à eux, elle ne leur dit pas : à l'avenir, telle sera votre situation juri-

dique, mais elle invite les agents administratifs à décider « qu'à l'avenir, telle sera la situation juridique des tiers ». Jusqu'à la décision de ces agents, rien n'est changé, les administrés jouissent des mêmes droits. Pour les dévier, il faudra la prescription directe de la décision.

Cette différenciation fondamentale, bien établie au point de vue théorique, il pourra se faire qu'en pratique il soit très délicat de savoir s'il y a ou non effet de droit créé surtout si l'on envisage que décision et instruction peuvent fort bien emprunter la même forme.

M. Chauveau propose un critérium qui nous paraît très sûr :

« Lorsque les termes mêmes de l'instruction, dit-il, suffisent pour révéler la pensée du supérieur, il ne peut y avoir difficulté : Ainsi, une instruction prescrit ordre, célérité, pour telle ou telle affaire courante. Mais si ce même supérieur s'est servi des termes propres aux décisions exécutoires, s'il a dit : décide que, arrête que, il faut examiner sur quelle matière et dans quelles circonstances la prétendue décision est intervenue. Si cette décision concerne une matière sur laquelle le supérieur est essentiellement incompétent, ce n'est pas alors une décision, c'est un simple refus d'adhérer à une demande transmise à l'agent inférieur, qui doit suivre la marche indiquée par la loi. C'est ce qui arrive fréquemment en matière de douanes et d'enregistrement, matières exclusivement réservées aux tribunaux

civils. Pour pouvoir reconnaître le véritable caractère de l'instruction, qu'on ne doit point supposer entachée d'incompétence, il faut se demander si cet acte peut faire obstacle à ce que la voie légale soit suivie, soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux administratifs. La réponse négative suffit pour qu'on ne prenne pas inutilement la voie du recours devant le Conseil d'État. Si le recours était formé, le pourvoi serait rejeté par le motif que la décision ne fait pas obstacle à ce que le demandeur se pourvoie devant qui de droit comme il avisera. »

Une manifestation de volonté administrative prescrit-elle une marche à suivre dans les rapports de l'administration avec certains tiers prétendant avoir des droits acquis : que ces tiers la négligent, elle ne s'adresse pas à eux, ils n'ont pas besoin de la faire annuler pour réclamer devant les juridictions compétentes. Ils peuvent directement s'adresser à celles-ci, contester l'opinion de l'administration comme mal fondée, sans se préoccuper du point de savoir sur les conseils de qui l'administrateur a agi.

Au contraire, cette manifestation de volonté s'adresse-t-elle directement à eux, sans aucun intermédiaire, leur fait-elle grief en elle-même : il importera qu'ils commencent, avant de faire valoir leurs droits, par provoquer l'annulation de l'acte administratif ; sinon, ils ne pourraient agir du point de vue ancien, car il a été

modifié par la décision exécutoire, qui doit conserver sa force tant qu'elle n'aura pas été annulée (1).

Ainsi, il a été jugé :

1. Nous avons fait remarquer que la décision exécutoire atteint directement les tiers, mais c'est toujours par une atteinte emportant modification de la situation juridique.

Il y a d'autres décisions qui, bien que visant directement les tiers, ne sauraient être exécutoires, parce qu'elles ne touchent pas encore à leurs droits. Ce sont :

1° Les mises en demeure, qui précèdent et font pressentir les décisions exécutoires, mais qui, en elles-mêmes, ne font pas encore grief. Conseil d'État, 5 février 1892, Courmont : « Considérant que le maire de Maffiers, par un arrêté, a : 1° mis le sieur Courmont en demeure de faire procéder dans un délai de deux jours à la démolition des constructions réparées par lui en violation de l'arrêté d'alignement du 14 mai 1889, sous peine, à raison de cette contravention, d'être poursuivi devant l'autorité compétente ;

Sur la première disposition, considérant qu'elle ne constitue qu'une simple mise en demeure ne pouvant préjudicier aux droits du requérant, que dès lors, elle n'est pas susceptible d'être déférée au Conseil d'État, etc. »

Le maire, en effet, fait pressentir au sieur Courmont qu'il déclarera plus tard que ses constructions sont illégales et décidera de lui intenter de ce chef des poursuites, mais il ne le lui dit pas encore. La situation ancienne n'est pas théoriquement modifiée.

Même sens 18 janvier 1901, tramways du Nord.

2° Les mesures préparatoires qui ne font pas encore grief. Par exemple, le classement des sous-officiers rengagés en vue de l'obtention d'emplois civils. La décision vise bien directement les sous-officiers classés, mais ils ne pourront invoquer un grief que du jour où il y aura eu décision portant nominations contraires à leurs droits. (Conseil d'État, 7 août 1896, Say.)

3° Les délibérations non approuvées de l'autorité supérieure. (Conseil d'État, 1^{er} février 1901 ; Ville du Blanc.)

4° Les délibérations d'assemblées locales qui ne contiennent que des vœux, des réclamations, des propositions.

5° Les actes d'exécution qui n'ajoutent aucune prétention de droit aux décisions antérieures sur lesquelles ils sont fondés. Ainsi l'ordre

a) Qu'une décision ministérielle, laquelle n'est qu'une sorte d'instruction, telle que celle qui aurait pour objet de défendre aux employés forestiers de faire à l'avenir des délivrances de bois ou affouages dans les forêts royales à certains individus propriétaires d'usine, ne formant pas obstacle à ce que ceux-ci fassent valoir leurs droits devant les tribunaux, n'est pas susceptible d'être attaquée devant le Conseil d'État par la voie contentieuse. (Requête, Abat contre ministre des Finances, 12 juillet 1842.)

b) Que la décision ministérielle relative à l'exercice du droit de pacage d'une commune dans les forêts de l'État, concernant la disposition de l'arrêté portant que la commune continuera de faire paître ses troupeaux sur lesdits terrains, à l'exception des moutons, brebis, chèvres, n'est qu'une simple instruction pour les agents de l'autorité ; qu'elle ne peut dès lors faire obstacle, etc. (Commune de Rouvres-la-Chétive contre ministre des Finances, 26 février 1832.)

c) 16 juillet 1880. Fabrique d'Astaffort.

« En ce qui concerne la dépêche préfectorale du 5 novembre 1878. Considérant que si, aux termes de l'article 30 de la loi du 18 juillet 1837, les secours aux fabriques des églises sont obligatoires pour la commune, en cas d'insuffisance justifiée de leurs revenus,

donné par un agent-voyer à un propriétaire de couper une haie au bord d'un chemin. Ce n'est pas cet ordre qui va modifier la situation juridique du propriétaire. Mais c'est l'arrêté préfectoral sur la police de la voirie vicinale qui l'a déjà fait.

la fabrique d'Astaffort n'a pas produit à l'appui de sa demande... des justifications de nature à établir l'insuffisance des ressources de ladite fabrique ; — Que, dans ces circonstances, la fabrique n'est pas fondée à prétendre que c'est à tort que le préfet de Lot-et-Garonne, etc... »

Le Conseil d'État repousse ici la prétention de la fabrique parce que cette dernière n'a pas produit les pièces justificatives. Cette production est en effet une nécessité absolue de l'instruction des affaires devant les tribunaux administratifs.

Si le préfet se borne à refuser l'inscription d'office de la subvention au budget de la commune, ce refus ne peut ouvrir le recours pour excès de pouvoir. C'est une mesure préparatoire qui ne porte pas encore atteinte aux droits de la fabrique. Jurisprudence formelle en ce sens. (Conseil d'État, 15 janvier 1875, D. P. 75. 7. 94 et 4 août 1876.)

Si le préfet apprécie non seulement s'il y a lieu de procéder à l'inscription d'office, mais statue sur le montant de la dette de la commune, il y aura lieu de se demander ici s'il s'agit d'un simple refus d'inscription, mesure préparatoire, instruction transmise au conseil municipal ; ou bien décision au fond. Le Conseil d'État devra apprécier.

Si le préfet refuse de mettre la dépense à la charge de la commune l'atteinte aux droits de la fabrique peut être directe. Si l'article 93 du décret du 30 décembre

1809 n'instituait pas un arbitrage administratif en cas de conflit entre les autorités locales administratives et religieuses, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ne pourrait faire aucun doute (1).

Au contraire sont des décisions exécutoires :

a) La lettre d'un préfet faisant connaître à un maire qu'il adopte ses conclusions et le prie de notifier cette décision à l'intéressé.

Autorisation par le maire de Colmar, à Voinot, de donner un bal masqué. — Verne, directeur du « Nouvel An Théâtral », se fondant sur un décret de juin 1806 et une ordonnance de septembre 1814, prétend avoir le droit exclusif de donner des bals ou d'autoriser à en donner. Il en appelle dans ces conditions au préfet. Celui-ci répond au maire : « J'adopte vos conclusions et je vous prie de notifier ma décision au sieur Verne aussitôt réception de la présente. » La Cour de Colmar décide que la décision du préfet ne peut être annulée que par l'autorité compétente. (Colmar, 25 mars 1841. Voinot contre Verne.)

Cet arrêt est absolument typique. Sous la forme d'une instruction impérative adressée au maire, il y a en réalité décision exécutoire directe.

1. La situation réglée par cet arrêt ne peut plus se représenter depuis les lois sur la séparation des Eglises et de l'État. Néanmoins, il était intéressant de l'examiner parce que il peut s'en produire de semblables sur d'autres matières et surtout parce qu'elle montre la difficulté pratique très fréquente de distinguer l'instruction de la décision au fond.

b) La décision ministérielle qui, en matière d'affrètement de navire, se réfère à l'avis d'une commission de transport maritime dont le réclamant avait connaissance. (25 juin 1857. Folsch.)

La difficulté pratique assez grande de distinguer l'instruction de la décision exécutoire, se révèle dans la rédaction de tous ces arrêts. Le Conseil d'État ne dit pas : Considérant que l'on prétend à tort donner à l'instruction ministérielle le caractère de décision à l'effet de diriger contre elle un recours ; mais : considérant que la *décision attaquée* n'est qu'une instruction, « Considérant, dit un arrêt du 10 septembre 1817 (affaire Robert) que la décision attaquée n'est autre chose qu'une *instruction ministérielle* et qu'elle ne fait pas obstacle à ce que la réclamation du sieur Robert contre l'administration de cette partie (les contributions indirectes) soit portée devant les tribunaux ».

Cette confusion d'expressions n'est probablement pas intentionnelle, mais elle semble prouver que dans l'esprit des auteurs de l'arrêt précité, instruction équivaut à décision en fait sinon en droit, tout au moins dans certains cas. Il s'agit ici d'instruction ministérielle. Evidemment, ce sont les plus importantes, surtout à notre époque. Sous un régime parlementaire, qui exclut la responsabilité du chef de l'État, le Conseil des ministres concentre dans son sein à peu près toute la puissance exécutive.

Dans les circonstances délicates, les agents de tous

rangs sollicitent, pour dégager leur responsabilité, des instructions de leurs supérieurs. Les préfets notamment, qui exercent dans leur département des fonctions aussi politiques qu'administratives et dont la tâche est particulièrement difficile quand ils se trouvent, ce qui arrive constamment, obligés de discuter les intérêts locaux avec des assemblées hostiles à la politique du gouvernement dont ils sont les représentants, les préfets, disons-nous, sont plus que tous autres fonctionnaires obligés de demander à leurs supérieurs, c'est-à-dire aux ministres, des règles de conduite. Un préfet n'osera pas, le plus souvent, annuler la délibération d'un Conseil municipal ou d'un Conseil général, suspendre un maire, prendre un arrêté d'expulsion contre certains étrangers ou un arrêté de révocation contre certains fonctionnaires, sans en avoir référé au ministre de l'Intérieur. Ce dernier lui donnera sur la lecture d'un rapport écrit ou même sur un simple rapport verbal, des instructions souvent très courtes et quelquefois verbales. A notre époque de communications rapides, cette pratique devient de plus en plus courante. Le télégraphe et le téléphone sont devenus, pour les instructions données par un ministre, de précieux agents de transmission.

Le préfet qui reçoit sous une forme quelconque des instructions, les exécute sous la forme d'arrêtés ou de décisions.

Une simple conversation entre ministre et préfet

suffit donc à provoquer une décision préfectorale et, par suite, dans le langage courant, la confusion est facile entre la décision et l'instruction.

La décision ainsi rendue est susceptible de recours, l'instruction ne l'est pas; il y a même souvent une excellente raison pour cela : c'est qu'elle n'est connue que du ministre qui l'a donnée et du préfet qui l'a reçue.

En manière de conclusion sur les caractères déterminants de l'instruction du supérieur hiérarchique, nous dirons que l'instruction est un acte d'administration au sens large, pris par la voie d'autorité mais auquel il manque, pour produire envers les tiers tous les effets de la décision exécutoire, la tendance à produire un effet de droit.

CHAPITRE II

Autorité des instructions considérées dans leur rôle interprétatif des dispositions législatives ou réglementaires

A un point de vue général, la question de l'autorité des instructions peut se poser : 1° au regard des chefs hiérarchiques qui la donnent ; 2° au regard des fonctionnaires qui la reçoivent ; 3° au regard des administrés qui peuvent avoir à en subir le contre-coup ; 4° au regard des lois ou décrets qu'elles accompagnent ; 5° au regard des tribunaux administratifs ou judiciaires appelés à apprécier la mesure dans laquelle elles s'imposent à eux.

De cette énumération nous avons distrait les trois premiers termes, nous proposant de les examiner au chapitre suivant lorsque nous traiterons des « situations créées par les instructions » ; et, en effet, la situation dans laquelle, l'instruction donnée, se trouvera soit le chef, soit l'inférieur, soit l'administré com-

portera l'étude de différents éléments de rapport ou de subordination dont la nature ou les effets détermineront l'autorité propre des actes d'administration qui nous occupent. Il n'y aura pas seulement en ceci un pur caractère interprétatif, mais aussi un caractère impératif, une nécessité de responsabilité qu'il faudra analyser. Au contraire, il ne peut s'agir d'un pouvoir de direction, de contrôle ou d'injonction en ce qui concerne les tribunaux ou les lois et décrets. Le principe de la séparation des pouvoirs et celui de la séparation des fonctions les met dans un abri au moins théorique. On ne saurait prétendre sérieusement que les instructions pussent modifier les lois et règlements de toutes sortes et dussent avoir un caractère obligatoire pour les tribunaux, dans l'état actuel de nos conceptions sur le régime d'État. On ne saurait aussi exprimer le désir qu'il fût bon qu'il en soit ainsi. Il y a de décisives raisons pour affirmer le contraire, raisons qui paraissent toutes découler du caractère constitutionnel et représentatif de notre régime moderne.

L'administrateur actif ne doit pas pouvoir donner des ordres aux diverses autorités judiciaires. Il ne doit pas pouvoir leur tracer une opinion quelconque, si peu obligatoire soit-elle. L'administrateur n'est qu'un agent d'exécution de la volonté nationale ; il ne doit pas avoir le droit de se montrer supérieur à cette volonté (1). S'il en était autrement, on arriverait à sup-

1. Nous avons dit plus haut que l'administration, par ses circulaires,

primer complètement ou à paralyser tout droit à la justice et à la légalité. Ce serait le rétablissement d'un despotisme d'autant plus insupportable qu'il serait exercé par un groupe d'hommes que leur nombre même rendrait plus irresponsables.

Tout gouvernement, à la vérité, ne peut s'empêcher de manifester une tendance vers l'absolutisme, et nous aurons l'occasion, plus loin, de remarquer cette tendance à un point de vue général, en examinant le rôle des instructions dans les prérogatives de la puissance exécutive.

Quoiqu'en pratique il soit arrivé que les administrateurs supérieurs aient cru pouvoir prendre, par leurs circulaires, de graves mesures telles que : actes de gouvernement, actes discrétionnaires ; quoiqu'ils aient

arrivait à faire subir aux lois certaines modifications. Mais nous avons eu bien soin de faire remarquer qu'il ne s'agissait là, en réalité, que de mesures d'adaptation *pouvant cadrer* avec la loi. D'ailleurs, ces mesures sont confirmées tous les jours par la jurisprudence qui les sanctionne par une interprétation conforme, le privilège de l'immovibilité de la magistrature donnant une grande force à ces sanctions.

Nous n'avons en vue ici que les modifications qui constitueraient un véritable détournement de pouvoir de la part de leur auteur. La société ne peut permettre aux agents chargés de maintenir son existence de pareilles prérogatives. Elle préexiste à ses agents. Elle leur délègue des pouvoirs qu'il serait trop compliqué ou trop long qu'elle exerçât elle-même, mais elle entend qu'ils respectent absolument le sens général des règles qu'elle a établies pour assurer sa prospérité. Au contraire, lorsqu'il s'agira seulement d'adapter, en respectant le sens général, ces règles aux lois du progrès politique, moral ou économique, elle permettra que ses agents réfléchissent, considèrent, décident, quitte à apprécier ensuite leurs innovations par le contrôle de ses représentants et celui de la jurisprudence.

essayé de pressentir les décisions de la justice par des dépêches à leurs représentants dans l'ordre judiciaire, surtout lorsque, dans un débat entre deux citoyens l'un de ceux-ci se trouve avoir une certaine personnalité politique ; dans la presque unanimité des cas, cependant, les tribunaux ne se sont point embarrassés de ces agissements. Le Conseil d'État s'est efforcé de réduire la liste de ces actes exorbitants et de ne les admettre que lorsqu'ils paraissent absolument nécessaires au salut de l'unité politique. Les tribunaux judiciaires ont déclaré que les avis juridiques d'un administrateur ne les obligeaient nullement.

En droit donc, et aussi très généralement en fait, les instructions n'ont aucune autorité. Conçues, la plupart du temps, dans un intérêt général, elles ont pour but d'interpréter la loi, le décret ; elles sont, comme nous l'avons déjà dit, l'exposé de l'opinion d'administrateurs qu'il faut supposer bien placés pour donner une consultation juridique, mais elles ne peuvent lier les tribunaux. Ceux-ci, dont l'objet propre est d'interpréter et de faire appliquer les lois, peuvent bien certainement prendre en grande considération la thèse des administrateurs et l'adopter si elle leur paraît fondée, mais ils peuvent tout aussi bien la rejeter, car ils sont maîtres d'interpréter la loi comme ils l'entendent, c'est-à-dire d'après leurs lumières propres, leur science du droit et leur sentiment de l'équité.

Enfin, bien qu'émanant de l'autorité exécutive ou

administrative, ces instructions n'ont même pas la valeur juridique d'une décision exécutoire ; elles ne peuvent pas plus modifier un décret ou un règlement qu'une loi. Satellites de la législation, elles ne peuvent rien contre les règles de qui elles tiennent toute puissance.

Il semblerait que sous un régime parlementaire quelque, monarchie constitutionnelle ou république, ce principe n'eût jamais dû être discuté. Il faut croire qu'il n'en a pas toujours été ainsi, surtout en matière fiscale, puisque les auteurs de la loi de 28 avril 1816 sur les contributions indirectes, ont cru devoir la formuler en termes impératifs.

Loi du 28 avril 1816 (Loi de finance, contributions indirectes).

Art. 247. — Aucunes instructions, soit du ministre, soit du directeur général ou de la régie des impôts indirects, soit d'aucuns des préposés ne pourront, sous quelque prétexte que ce se soit, annuler, étendre, modifier, ou forcer le vrai sens des dispositions de la présente loi. Les tribunaux ne pourront prononcer de condamnations qui seraient fondées sur lesdites instructions et qui ne résulteraient pas formellement de la présente loi. Les contribuables de qui il aurait été exigé ou perçu quelque somme au delà du tarif, ou d'après les seules dispositions d'instructions ministérielles pourront en réclamer la restitution. Leur demande devra en

être formée dans les six mois ; elle sera jugée et instruite dans les formes qui sont observées en matière de domaine.

Les nombreux arrêts rendus dans des matières diverses ont confirmé le même principe. Nous en citerons quelques-uns.

Ainsi, il a été jugé que « les gardes-forestiers domiciliés dans une commune, y sont passibles de la prestation en nature pour les chemins vicinaux, leurs fonctions ne constituant point un motif légal d'exemption ; il en est de même pour les préposés des douanes, sans qu'il y ait à tenir compte d'une circulaire ministérielle portant que lesdites fonctions doivent donner lieu à l'exemption dont il s'agit ». (Conseil d'État, 7 janvier 1869, affaire Lafitte, D. P. 70. 3. 6.)

De même, en l'absence de toute disposition de loi interdisant aux Conseils municipaux de voter les prestations en nature dans le cours de l'année pendant laquelle elles doivent être mises en recouvrement, cette interdiction ne peut résulter d'une décision ministérielle. (Conseil d'État, 7 décembre 1883, affaire Mabile, D. P. 85. 3. 69.)

Jugé : qu'un tribunal ne peut se dispenser d'appliquer la peine portée par la loi à un détenteur d'effets militaires achetés par ce dernier, sur le motif de l'existence d'une circulaire ministérielle insérée au *Moniteur*, affranchissant des poursuites les détenteurs de ces effets qui en

feraient la déclaration dans un délai non encore expiré. (Cass., 28 juillet 1814 Gérard: 14 avril 1815 Tournier.)

Que l'amnistie accordée par un chef de corps (un commandant) ou par un conseil de discipline, est nulle et constitue une véritable usurpation du droit de grâce (Cass., 14 avril 1821).

(A cette époque, le roi avait le droit d'amnistie).

Un décret du 17 janvier 1814, inséré au *Bulletin des lois*, sous le numéro 10.067, décide que les solutions données par les ministres des Finances sur les difficultés relatives à la perception des impôts indirects, ne sont de leur nature que des instructions adressées à la régie pour guider les préposés dans le mode de perception et pour fixer l'incertitude de l'administration sur le sens dans lequel elle doit défendre les dispositions de la loi devant les tribunaux. Par application de ce décret, le Conseil d'État a jugé qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre devant lui l'annulation d'une décision portant que les huiles animales connues dans le commerce sous la dénomination de moelles de pied de bœuf, sont comprises parmi celles que l'article 88 de la loi du 25 mars 1877 assujettit aux droits d'entrée, cette décision n'étant pas de nature à empêcher les parties intéressées de poursuivre devant les tribunaux une solution contraire :

« Considérant, porte cet arrêt, que la décision attaquée n'est autre chose qu'une instruction ministérielle, et qu'elle ne fait pas obstacle à ce que la réclamation

du sieur Robert contre l'administration de cette partie soit portée devant les tribunaux, auxquels seuls, il appartient d'y statuer définitivement :

« Article premier. — La requête du sieur Robert est rejetée sauf à lui à se pourvoir, s'il s'y croit fondé, devant les tribunaux ordinaires. » (Conseil d'État, 10 septembre 1817, affaire Robert.)

La Chambre des requêtes s'est également prononcée dans le même sens, en déclarant qu'un règlement émanant d'un directeur général de ministère ne peut être invoqué comme un acte ayant force de loi et dont la violation donnerait ouverture à cassation. Un tel règlement ne s'adresse qu'aux agents de l'administration. (Cass., 8 juin 1863.)

En somme, c'est un principe fondamental de notre législation qu'une instruction émanant de quelque autorité que ce soit, si haut placée qu'elle soit, ne saurait modifier la loi ou le décret, alors même que toute modification qui y serait apportée serait favorable à certains citoyens sans être préjudiciable à aucun, comme par exemple en matière pénale.

Ce principe est cependant quelquefois méconnu par les tribunaux.

« Dans un procès récent, suivi contre un individu renvoyé après revision devant un nouveau Conseil de Guerre, les juges, sur les réquisitions conformes du commissaire du gouvernement, n'en ont-ils pas référé au ministre de la Guerre pour savoir s'il fallait, en cas

de culpabilité, condamner une seconde fois l'accusé et lui faire subir cette peine, malgré la grâce dont il avait bénéficié antérieurement ! » (1)

Bien que, comme nous l'avons déjà dit, les instructions des supérieurs hiérarchiques n'aient aucune valeur juridique, elles n'en ont pas moins une grande autorité morale ; les instructions ministérielles, en particulier, constituent pour tous les intéressés, citoyens ou fonctionnaires, des commentaires précieux qui s'imposent à l'attention de tous. Spécialement, lorsque ces commentaires s'appliquent à des règlements et sont publiés à la même date ou à des dates rapprochées, leur autorité morale s'accroît de ce que les auteurs de ces instructions sont en même temps les auteurs du règlement, plus compétents que tous autres pour en fixer le sens et l'esprit, pour en régler les détails. Les règlements sont généralement élaborés dans les bureaux des administrations centrales ; certains cependant sont préparés dans les préfectures et soumis aux avis des conseils généraux, parce qu'ils doivent être en harmonie avec les besoins locaux nécessairement variables de région à région. La sanction ministérielle à laquelle ils sont soumis n'est guère qu'une formalité.

Ainsi, l'article 24 de la loi du 21 mai 1836 sur les che-

1. G. Le Poittevin, juge au tribunal de la Seine, préface de l'ouvrage de M. Cœuille, commissaire de police, « Instructions aux officiers de police judiciaire données par les circulaires des parquets de la Seine et de la Cour de Paris », 1905.

mins vicinaux s'exprime ainsi : « Dans l'année qui suivra la promulgation de la présente loi, chaque préfet fera (synonyme de préparera), pour en assurer l'exécution, un règlement qui sera communiqué au Conseil général et transmis avec les observations au ministre de l'Intérieur, pour être approuvé, s'il y a lieu, — ce règlement fixera, dans chaque département, le maximum de largeur des chemins vicinaux, les époques auxquelles les prestations en nature devront être faites, etc. »

Evidemment, les règlements peuvent être modifiés au gré des ministres ; il s'ensuit qu'une instruction qui les interprète a presque la même valeur que le règlement lui-même

Ceci est surtout vrai des règlements sur la police des prisons et maisons d'arrêt ou de détention, qui rentrent, en exécution du Code d'instruction criminelle, dans les attributions du ministre de l'Intérieur.

Ces règlements sont relatifs à la conduite des gardiens et des détenus ; ils contiennent des obligations et des interdictions et édictent des peines disciplinaires qui équivalent, pour le condamné, à une aggravation de la peine prononcée par décision judiciaire (1).

Les préfets dans les départements et le préfet de

1. Règlements du 30 avril 1832 et du 5 octobre 1831 sur les attributions et le service des employés de maisons centrales, — règlement du 10 mai 1844, qui établit la règle du silence entre les condamnés, supprime la cantine, interdit les boissons fermentées, le tabac, et impose à chaque condamné valide un travail proportionné à ses forces.

Police à Paris ont aussi, comme nous le savons, le pouvoir de faire des règlements contenant des clauses pénales. Ces règlements sont ordinairement accompagnés d'instructions aux commissaires de police ou agents d'exécution. L'application plus ou moins sévère, plus ou moins large qui en est faite, découle le plus souvent des instructions reçues lesquelles doivent retenir tout particulièrement l'attention des citoyens qu'elles intéressent.

CHAPITRE III

Situations créées par les instructions

SECTION I

LE FONCTIONNAIRE DONNE LES INSTRUCTIONS

Si l'instruction ne crée pas directement une situation juridique, dans bien des cas elle provoque la décision exécutoire qui la créera. Toujours d'ailleurs elle établit une situation de fait très importante, soit en obligeant l'administration seule à se conditionner vis-à-vis d'elle-même, soit en la contraignant à se conditionner vis-à-vis des tiers (1). D'un autre côté, il n'est pas indif-

1. Ainsi pour le premier cas la circulaire qui modifiera les modes de rapport des divers organes d'un même service public ou simplement le fonctionnement d'un de ces organes, sans que les administrés soient astreints à des formalités nouvelles : Circulaires modifiant les indications à porter sur les fiches individuelles dressées pour chaque délinquant de façon à établir la statistique criminelle.

Ainsi pour le deuxième cas la circulaire indiquant les autorités qui doivent recevoir les déclarations de retour nécessaires pour obtenir l'application d'une loi d'amnistie aux déserteurs.

férent pour ces tiers d'ignorer la manière d'être de l'administration, puisqu'elle doit avoir une répercussion certaine sur leur vie juridique.

Cette possibilité d'amener une situation juridique, cette éclosion spontanée d'une situation de fait ne peuvent pas être sans réfléchir sur le fonctionnaire qui a créé l'atmosphère où elles ont pris naissance.

En premier lieu, la stabilité de l'administration, sa cohésion, les intérêts du public, exigent que des circulaires contradictoires ne se succèdent pas constamment et à tout propos. De là pour un supérieur le devoir de ne prendre que des mesures réfléchies qu'il croira en harmonie exacte avec les besoins. L'instruction n'est pas intangible certes ; nous avons pu dire auparavant qu'elle devait être dans la main du chef un instrument aussi maléable que possible, que sa mobilité même constituait son principal avantage. Mais là, comme sur beaucoup d'autres points, il faut se garder d'une conclusion excessive. On doit supposer les magistrats supérieurs revêtus d'un pouvoir propre d'impulsion, suffisamment éclairés pour ne pas se décider aveuglément ; on doit admettre qu'ils ont une connaissance assez parfaite des intérêts généraux pour n'intervenir qu'à bon escient ; que s'ils estiment une modification indispensable, il est raisonnable de penser qu'elle a réellement sa nécessité et qu'ils seraient impardonnables d'obéir à d'autres motifs. L'importance des fonctions de ces magistrats leur fait donc un devoir de

n'agir qu'avec la plus grande prudence pour ne pas désorganiser l'administration et troubler la vie publique.

Ensuite, et ce n'est pas là le moindre effet de la naissance de l'instruction, la responsabilité de l'auteur de cette instruction se trouve engagée vis-à-vis de lui-même, vis-à-vis de ses subordonnés et des tiers.

Vis-à-vis de lui-même, en ce sens que son acte restera soumis aux sanctions morales de sa conscience.

Vis-à-vis de ses subordonnés, en ce sens que ceux-ci, agents d'exécution de la volonté du chef, ne doivent pouvoir être inquiétés ou blâmés si les mesures prescrites n'ont pas donné tout le résultat désirable et même ont finalement mal réussi. Sans doute, faut-il que le subordonné ait exécuté loyalement et ponctuellement les ordres qu'il a reçus. Jamais, dans ce cas, une faute quelconque ne saurait devoir lui être imputée. Dans l'opération administrative, il n'a pu être qu'une personnalité passive, réduite comme nous le verrons un peu plus loin à une obéissance très étroite. Son rôle ne lui permet pas d'envisager les conséquences pour diriger son action. Dès lors, n'ayant rien décidé, il ne peut être responsable de rien. Le supérieur, au contraire, libre dans son initiative, a le devoir de ne chercher que des motifs justes et opportuns de décision, de prendre garde à ne pas substituer son intérêt propre au bien général et à ne pas provoquer sous le couvert d'actes de gouvernement ou d'actes discrétionnaires, des agis-

sements illicites ; s'il méconnaît ces obligations, c'est lui qui devra en supporter toutes les conséquences. Il est superflu d'insister sur un principe d'une telle évidence et cependant, en pratique, dans presque tous les cas, l'inférieur dont la faute n'était autre que l'imprévoyance de son chef a été blâmé !

Vis-à-vis des tiers : Les administrés de qui émanent, en dernière analyse, tous les pouvoirs de l'État, ont confié aux administrateurs actifs la gestion de certains intérêts publics. Ils ne peuvent supporter que ces derniers provoquent, par des circulaires, des décisions exécutoires qui vont modifier sans cesse la vie juridique de la nation, fassent varier perpétuellement les limites de l'application des lois, abusent de leurs pouvoirs pour faire commettre à leur profit des indécidables ou des illégalités. Il est nécessaire, d'après le but même qui a présidé à l'attribution des pouvoirs de direction aux administrateurs actifs, que la marche des affaires publiques procède du seul souci de l'intérêt général, et cet intérêt général exige chez ceux qui en ont la garde : La bonne foi, la recherche du bien-être public et le respect de la légalité. Un fonctionnaire qui se départirait de cette ligne de conduite manquerait à tous ses devoirs. Outre que, pour les abus graves, il se verrait soit spontanément, soit sur la plainte des intéressés condamné en vertu des articles 114 et suivants du Code pénal, ses fautes de moindre importance tomberaient justement sous la répression disciplinaire de ses chefs.

Un dernier effet, peut-être le plus important de la naissance de l'instruction, va être de créer son auteur responsable vis-à-vis de ses chefs. Il va y avoir une éclosion spontanée du contrôle hiérarchique. « Le principe de la responsabilité du supérieur, l'une des assises les plus profondes de notre organisation administrative et constitutionnelle exige et présuppose ce droit de contrôle et de surveillance. Elle n'est soutenable rationnellement et applicable pratiquement que lorsque le supérieur a le pouvoir de supprimer ou même de corriger les actes de ses subordonnés. Elle est non seulement le motif juridique le plus solide, mais aussi la mesure du droit de contrôle : suivant qu'elle sera elle-même plus ou moins étendue, plus ou moins étendu aussi sera le contrôle » (1).

N'y a-t-il pas des fonctionnaires spéciaux que leur rang et leurs prérogatives mettent à l'abri de cette dépendance ?

D'après l'essence même de la hiérarchie, une autorité quelconque, à moins qu'elle ne soit placée au premier degré, a toujours un supérieur dont elle dépend. Ce principe ne peut souffrir exception qu'au cas où un texte formel déciderait pour un cas particulier le contraire. Mais, que décider à l'égard des administrateurs placés à la tête de la hiérarchie ; en d'autres termes, que décider à l'égard des ministres ?

1. Cf. Perreau. *Revue du Droit public*, 1897.

L'impulsion qu'ils vont donner à l'administration entière va-t-elle ressortir du contrôle du chef de l'Etat ?

Sous l'empire de la Constitution de 1852 il était logique d'admettre ce contrôle, parce que les ministres se trouvaient placés, vis-à-vis du chef de l'Etat, dans la même situation qu'un quelconque fonctionnaire supérieur, l'empereur étant seul responsable. Mais la loi constitutionnelle du 25 février 1875, article 6, proclame l'irresponsabilité du Président de la République en ce qui touche les actes de ses ministres, pour établir la responsabilité de ceux-ci devant le Parlement. Si dans une certaine mesure, les ministres sont subordonnés au Président de la République puisque ce dernier les nomme et peut les révoquer, il ne peut s'agir de contrôle hiérarchique. Le Président ne peut faire seul aucun acte administratif, les ministres les font pour lui et en son nom et s'il les infirmait ou les modifiait il serait censé infirmer ou modifier ses propres prescriptions. Bien plus, il ne pourrait obtenir ce résultat qu'avec le concours et l'assentiment de ses ministres, de sorte qu'en fin de compte il s'agirait seulement d'un contrôle exercé par le ministre sur lui-même.

Par conséquent, en ce qui concerne les secrétaires d'Etat, la naissance de l'instruction mettra bien en mouvement la responsabilité de l'auteur vis-à-vis de lui-même, de ses inférieurs et des tiers, mais elle sera impuissante à créer cette responsabilité qui dérive du contrôle hiérarchique.

A. — *Comment s'exerce le contrôle hiérarchique ?*

Le contrôle hiérarchique s'exerce en principe par échelons, en remontant les degrés de la hiérarchie depuis l'agent qui a donné les instructions jusqu'au ministre. Mais les échelons sont uniquement constitués par les fonctionnaires qui ont la qualité « d'autorité administrative », c'est-à-dire à un point de vue général, qui ont le pouvoir de faire des actes d'administration produisant effet de droit et, au point de vue particulier d'où nous examinons le contrôle, qui ont un pouvoir propre de direction. Nous nous abstenons ici de dresser la liste des nombreuses échelles de fonctionnaires relevant de chaque ministère. L'énumération en serait trop longue. Il suffira de consulter, sur ce point, les textes organiques de chaque service public.

En toute logique, le supérieur immédiat doit être en première ligne revêtu du droit d'autorité et de contrôle vis-à-vis de ses subordonnés. S'en suit-il que le pouvoir hiérarchique ne puisse être exercé directement sans l'intervention d'intermédiaires, par un fonctionnaire appartenant à un degré plus élevé encore dans la hiérarchie ? Sans doute, nul supérieur ne peut usurper les fonctions dévolues à l'un quelconque de ses subordonnés ; c'est une des règles de la hiérarchie et nous trouvons une application de cette règle dans l'obliga-

tion pour tout fonctionnaire qui adresse une demande quelconque, demande de congé par exemple, à un supérieur séparé de lui par un ou plusieurs degrés, de transmettre cette demande par la voie hiérarchique. Cette nécessité est motivée non seulement par le respect dû aux hauts fonctionnaires qui oblige ceux d'un rang modeste à conserver les distances, mais aussi dans les égards dus au supérieur immédiat dont en pareille circonstance l'avis doit être demandé. L'interdiction à un supérieur d'usurper les fonctions dévolues à ses subordonnés ne saurait l'empêcher d'exercer un pouvoir de contrôle, de surveillance sur tous ses subordonnés, quel que soit le nombre des degrés qui les séparent dans l'échelle hiérarchique, car il possède un pouvoir propre à cet effet. La responsabilité du supérieur couvrant tous ses inférieurs, il doit pouvoir les surveiller tous sans entravé. De plus, il existe des textes qui formulent d'une façon précise ce contrôle direct sur des subordonnés médiats, par exemple l'article 7 chapitre 4 section II de la Constitution du 3 septembre 1791. (Le ministre contrôle directement les sous-préfets et les sous-préfets correspondent directement avec les ministres). Encore : la loi du 42 avril 1892 article 2 modifiant l'article 117 du Code forestier organise un contrôle direct de certaines décisions des sous-préfets par le ministre.

B. — *Motifs pour lesquels s'exerce le contrôle
hiérarchique*

Nous envisageons dans ce paragraphe le contrôle hiérarchique comme amené spontanément par le fait seul de la naissance de l'instruction. Nous considérons par conséquent que ce contrôle est exercé d'office par le supérieur.

Si une instruction satisfait pleinement à toutes les conditions de légalité et d'opportunité désirables, il est évident que le contrôle hiérarchique ne pourra s'exercer que dans le sens de l'approbation la plus absolue. Mais s'il en est autrement, le supérieur pourra-t-il annuler ou modifier l'acte de son subordonné dans tous les cas ? S'il ne peut que modifier, jusqu'à quel point lui sera-t-il loisible de le faire ? Il est nécessaire de distinguer suivant les divers vices qui peuvent affecter l'instruction.

I. — *Infractions à la loi pénale.* — Une circulaire contient-elle des expressions diffamatoires ou injurieuses contre des fonctionnaires ou des particuliers, pousse-t-elle un inférieur à commettre un acte illicite, le supérieur hiérarchique en vertu de ses pouvoirs l'annulera immédiatement, portera à la connaissance de ceux auxquels elle était destinée le fait de cette annulation et, non content d'avoir brisé un acte illicite, frappera encore disciplinairement son auteur.

II. — *Infractions à la loi civile ou administrative.*

— Nous adopterons comme sous-distinction les quatre chefs admis en matière de recours pour excès de pouvoir.

α) *Incompétence.* — Il convient de reconnaître au chef un pouvoir absolu pour remédier au vice d'incompétence. Ainsi, le ministre devra annuler une circulaire d'un préfet prescrivant aux maires : de nommer un agent de police, sans avoir obtenu l'agrément du sous-préfet exigé par l'article 103 de la loi municipale ; d'interdire aux marchands d'aller au-devant des forains pour acheter des volailles ; de proscrire la vente sur la voie publique aux marchands ambulants ; de délivrer un alignement de façon à ne pas laisser à une rue la largeur fixée par un plan général d'alignement.

Ces espèces se sont présentées dans la pratique sous forme de décisions exécutoires. Nous avons posé l'hypothèse de circulaires tendant à les provoquer. Eh bien ! le chef hiérarchique, mis en présence de tels agissements, ne ferait que son devoir en déclarant nuls les ordres d'agents qui n'ont aucun pouvoir de les donner tels.

β) *Vice de forme.* — Il ne peut être question de vice de forme en ce qui concerne les instructions puisque ces actes n'ont, comme nous l'avons déjà expliqué, aucune forme exigée à peine de nullité.

γ) *Violation de la loi et des droits acquis.* — L'instruction administrative ne produit pas d'effets de droit et

par conséquent ne peut faire grief aux droits acquis des administrés. Tout ce dont elle est capable, c'est seulement de tendre à bouleverser une situation juridique, de permettre de prévoir une modification imminente. Pareillement, elle sera impuissante à violer la loi comme le ferait une décision exécutoire c'est-à-dire en posant des règles qui, par le fait même de leur apparition, substitueraient jusqu'à ce qu'elles soient annulées, une manière d'être illicite à une manière d'être légale. La raison en est simple. L'instruction indique les règles à établir, mais elle ne les établit pas encore ; elle confie ce soin aux agents inférieurs auxquels elle s'adresse. Dès lors, elle fera échec à la loi d'une façon purement abstraite, sans tirer directement et actuellement de sa seule force aucune des conséquences de cette violation.

En quelque sorte, il y aura fait illicite incomplet, l'élément intellectuel existant seul, l'élément matériel faisant défaut. Mais, par la suite, si des mesures d'exécution sont intervenues, les principes de l'imputabilité pourront faire de cette instruction soit un fait illicite complet et imputable en entier à son auteur, soit un fait de complicité.

Quoi qu'il en soit, si les intéressés n'ont pas, avant toute exécution, prise sur une instruction de ce genre, il sera de première importance pour l'administrateur supérieur de savoir si elle satisfait aux conditions de moralité interne qui doivent présider à la bonne administration. Il n'y aura pas violation concrète et actuel-

lement effective de la loi, il n'y aura pas violation des droits acquis, mais il y aura, ce qui est presque aussi sérieux, violation abstraite des principes légaux avec cette aggravation qu'il existera une tendance de nature à réaliser une situation illégale. De ce chef, le contrôle hiérarchique dont le but est d'assurer le régime de la loi devra s'exercer dans toute sa plénitude (1).

δ) *Détournement de pouvoirs.* — C'est peut-être ici que le supérieur sera amené à user le plus fréquemment de son pouvoir de contrôle. Au point de vue étroit auquel nous nous sommes placés, c'est-à-dire eu égard au seul pouvoir de direction, il va être nécessaire que le supérieur entoure d'une grande surveillance l'exercice de ce pouvoir par son subordonné. L'unité, la force, et aussi l'honnêteté de l'administration en dépendent. Mais, l'appréciation sera forcément très délicate puisqu'il faudra se demander si l'agent est sorti de l'esprit de sa fonction quoiqu'il soit resté fidèle à sa lettre. Il a donné des ordres sur un sujet de sa compétence, mais a usé de son pouvoir discrétionnaire dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué. Par exemple, l'esprit des fonctions de la police est d'assurer la sécurité publique indépendamment, pour l'administration, de toute

1. Ainsi devraient être annulées: 1° Les circulaires des préfets interdisant aux sous-préfets de délivrer des permis de chasse. (Conseil d'État, 13 mars 1867, Rizet).

2° Aux maires de délivrer un alignement à un particulier, etc.

idée de lucre, de faveur aux entreprises particulières ou à un commerce local. Méconnaîtraient cet esprit et devraient être annulées par le supérieur : 1° Les circulaires indiquant d'user de la police des alignements de voirie pour réaliser des économies sur des expropriations futures ; 2° Les circulaires ordonnant de refuser le stationnement sur la voie publique à toutes voitures autres que celles d'un certain entrepreneur ; 3° Les circulaires ordonnant d'interdire à une société musicale et à elle seule de sortir sur la voie publique.

III. — *Inopportunité*. — Ce vice est bien moins grave que les deux précédents. En effet, s'il est possible quelquefois de conclure qu'un acte n'est pas opportun, dans la majorité des cas, ce sera fort difficile. L'illégalité est visible par elle-même de prime abord. Un administrateur peut-il être sûr de déterminer tous les inconvénients d'une décision avant que la pratique les ait révélés ? Aussi, s'inspirant de cette idée, le législateur exige une réclamation des intéressés pour donner au supérieur le droit de briser l'acte auquel on reproche seulement d'être inopportun. S'il lui est possible, pour ce motif, de l'atteindre sur recours des intéressés, il ne pourra le faire d'office. Cette distinction, très rationnelle, repose sur une présomption légale de plus grande aptitude en faveur des fonctionnaires locaux. A raison même de sa résidence, de la proximité de ses administrés, le fonctionnaire local pourra prendre de meilleures mesures que le pouvoir central. Pour ce

motif naturel, la loi préfère son appréciation ; c'est à lui et non à son supérieur qu'elle confère le droit de statuer. On ne peut donc, sans méconnaître le sens de la loi, permettre au pouvoir central de rapporter les actes de ses agents. Des raisons graves viennent-elles établir qu'ils se sont trompés, ce sont les administrés eux-mêmes qui les feront valoir en se plaignant. S'ils ne le font point, on doit supposer que les mesures prises sont bonnes (1).

1. A la vérité, s'il est possible de concevoir théoriquement une administration agissant toujours avec une exacte opportunité, et de souhaiter, eu égard à cela, une décentralisation complète, il est difficile de se représenter pratiquement cette même administration. De ce point de vue, on peut se demander s'il ne serait pas dangereux de supprimer entièrement le contrôle d'office. Il est même permis de supposer, qu'au moins à une certaine époque, on a voulu appliquer le contrôle d'office dans tous les cas. La section VIII de la loi du 22 décembre 1789 et janvier 1790 disposait « que sur tous les objets qui intéressaient le régime de l'administration générale du royaume ou sur des entreprises nouvelles et travaux extraordinaires » les arrêtés des administrations départementales devaient être soumis à l'approbation du roi ; mais que sur les autres objets, ils auraient force exécutoire par eux-mêmes, sauf le droit du roi de les annuler ou de les réformer. L'article 3 de la loi du 28 pluviôse an VIII applique le même principe aux préfets. La tendance centralisatrice de l'époque profita de l'imprécision des termes « objets qui intéressent le régime de l'administration générale du royaume » pour soumettre en fait tous les actes des préfets à l'exception de quelques-uns nommément indiqués par la loi du 22 décembre 1789 à la nécessité de l'approbation ministérielle. Sans doute, la suppression du contrôle hiérarchique d'office devant amener sa disparition dans tous les cas, serait une cause de trouble et désorganiserait jusqu'à un certain point l'administration. Mais la portée du principe que nous avons exposé n'est pas telle, ni la réforme législative aussi complète. Il y a des actes que le contrôle d'office pourra atteindre.

Les décrets de 1852 et 1861 ne touchent pas au principe de la loi de 1789. Ils se bornent à préciser une foule de cas où les autorités admi-

Ces considérations, très rationnelles lorsqu'il s'agit d'actes faits par l'administrateur local lui-même, vont-elles pouvoir s'appliquer aussi aux instructions qu'il donnera à ses propres agents pour leur expliquer le sens d'une de ses décisions ou leur indiquer les mesures à prendre à l'effet de l'appliquer ? Vont-elles aussi interdire au pouvoir central de formuler des injonctions pour contraindre le pouvoir local ?

En ce qui concerne les instructions émanées du fonctionnaire local, il ne peut y avoir de doute. Elles font corps avec l'acte lui-même, et l'autorité la mieux qualifiée pour interpréter, déterminer cet acte, en fixer la meilleure adaptation possible, est sans contredit celle de qui elle émane. Permettre de briser ou de modifier ces instructions, sous prétexte d'opportunité, équivaldrait à paralyser d'un certain côté l'acte lui-même. Il deviendrait alors possible au supérieur de le détourner du sens dans lequel il a été conçu, de restreindre ou de généraliser son application, d'usurper enfin, au mépris de la loi, la compétence de son subordonné.

nistratives secondaires, préfet, sous-préfet, pourront statuer sans l'approbation du ministre.

La tendance décentralisatrice aidant, la doctrine applique la même solution par analogie aux cas où un intérêt local est en jeu, quoiqu'il n'en soit pas fait mention dans les tableaux des décrets. Mais il y aura lieu à approbation de l'autorité supérieure : 1° Dans certains cas exceptés par les décrets eux-mêmes ; 2° Dans les matières qui intéressent l'administration générale du pays. Il faut reconnaître cependant que cette forme énergique du contrôle implique plutôt la substitution de l'acte du supérieur à celui de l'inférieur que la réformation d'office.

Plus délicate est la question de savoir si, toujours par raison d'opportunité, le pouvoir central ne pourrait enjoindre aux autorités locales de faire elles-mêmes les actes dont nous parlons. Ce pouvoir peut-il leur dicter des décisions de telle sorte qu'elles ne pourront se libérer d'aucun des termes fixés ou bien ces dernières, ayant le droit d'exiger le maintien de leurs opérations dans tous les cas où une réclamation du public n'est pas formulée, sont-elles complètement libres dans leur initiative ?

Il faut remarquer, tout d'abord, que cette contrainte admise constituerait un très puissant contrôle d'office et ensuite que le pouvoir de direction ne saurait comme celui de décision exécutoire être spécialisé, que nécessairement, à ce point de vue, les attributions du supérieur contiennent, avec quelque chose de plus, toutes celles de l'inférieur.

Le supérieur ne peut pas s'instituer juge d'office de l'opportunité de l'acte accompli et de son application. Mais avant que rien n'ait été fait, ne peut-il pas ordonner l'accomplissement du même acte en dictant son sens et son étendue ?

Le texte de loi semble, dans ce cas, respecté, puisqu'il n'est porté atteinte à aucune décision exécutoire du subordonné.

A la vérité, on pourrait penser ici que le supérieur n'est pas placé dans la même situation.

En effet, tout à l'heure, il se trouvait en face d'un

fait accompli : la décision était prise, l'acte était fait. Moins au courant que son subordonné des raisons d'être de l'opération, il ne pouvait de lui-même la déclarer mauvaise bien que peut-être inopportune ; il était possible après tout que les administrés s'en contentassent parfaitement et la ratifiassent de leur silence. Maintenant, rien n'est encore commencé, on peut seulement peut-être prévoir qu'elle sera l'attitude de l'agent. Dès lors, ce chef s'il est ou se croit suffisamment informé du besoin local, ne peut-il pas indiquer à son subordonné les mesures à prendre ou bien, puisant dans son pouvoir de direction ce qu'il y a de spontané, ne peut-il pas ordonner l'accomplissement de ces mêmes mesures ?

Sans doute, on aperçoit, lorsqu'il s'agit de direction hiérarchique, un déplacement de point de vue. Le supérieur intervient, non pas pour taxer un acte d'inopportunité, mais pour éviter qu'il en soit ainsi au sujet d'une opération prochaine, alors même qu'on ne puisse pas prévoir que les administrés fassent des objections au projet réalisé de l'autorité locale. Le chef apparaît ainsi comme visant à la plus haute moralité administrative possible.

A notre avis cependant, on ne saurait admettre aucune espèce de dérogations au principe que nous avons exposé, pour reconnaître un tel pouvoir au supérieur. Cela aboutirait à une confiscation des pouvoirs propres du subordonné et ramènerait sous une autre

forme à la situation antérieure aux décrets de décentralisation. On ne peut donner au supérieur le droit d'ordonner à son agent des actes pour lesquels celui-ci a un pouvoir personnel, sans rétablir indirectement d'une main ce que l'on supprimerait de l'autre.

Pour toutes les mesures un peu importantes, le pouvoir central enverrait des circulaires de façon à éviter de se trouver devant le fait accompli et finalement le subordonné agirait presque toujours par ordre. Ce résultat serait manifestement inconciliable avec l'esprit de la loi et ferait assister en fin de compte à cette monstruosité : d'instructions administratives plus fortes qu'une disposition légale.

Ensuite, l'immixtion du supérieur dans les agissements de l'agent qui exerce son devoir personnel de règlement des intérêts locaux, pourrait troubler celui-ci et le déterminer à prendre des mesures dictées bien plus par un sentiment de servilité ou de désir de plaire, vis-à-vis de son chef, que par le réel souci des obligations qui lui incombent.

Le subordonné est protégé par la loi lorsqu'il a pris une décision, il doit être aussi protégé lorsqu'il compte seulement la prendre. Aussi largement que possible on doit lui reconnaître, dans cette matière, la liberté d'initiative, et c'est d'ailleurs ce qu'a établi expressément la loi.

Sans doute, en pratique, le pouvoir central se tiendra au courant de ce qui va ou peut être décidé par le

fonctionnaire local. Presque toujours, il lui enverra des instructions. Mais celles-ci ne s'imposeront pas avec la force qu'elles revêtent lorsqu'il s'agit d'une affaire intéressant la nation entière. Elles constitueront tout au plus de simples conseils, de simples avis, soumis à l'agrément du fonctionnaire. Il y pourra puiser un élément nouveau d'information, profiter du plus ou moins d'expérience qui les aura dictées, sans négliger de se renseigner par ailleurs.

En dernière analyse, sa conscience seule devra le déterminer.

Aussi bien, l'indépendance que pourra affecter ce fonctionnaire attirera peut-être sur lui, son acte devant être respecté, des sanctions disciplinaires de supérieurs peu satisfaits de sa manière d'agir. Mais outre qu'il sera très souvent fort difficile d'affirmer ouvertement un blâme, l'agent finalement frappé sera fondé à réclamer contre un tel abus de pouvoir.

Cependant, l'indépendance de l'autorité locale ne pourra pas aller jusqu'à méconnaître complètement le pouvoir central. La liberté d'initiative complète de celle-là, ne peut affecter que le sens des mesures à prendre. Le ministre pourra très bien ordonner par exemple au préfet de voir s'il y a lieu d'établir un règlement de police. Pareillement, il pourra même lui enjoindre d'en confectionner un, mais il ne lui sera pas permis de lui en imposer absolument la teneur, car ce serait un statut indirect.

C. — *Effets du contrôle hiérarchique*

Pour tous les cas où il pourra intervenir, le contrôle hiérarchique sera aussi énergique que possible. Le supérieur pourra ordonner à ses subordonnés de retirer ou de modifier d'eux-mêmes leurs instructions. Il pourra les suspendre provisoirement, les annuler en tout ou en partie suivant que leurs dispositions seront indivisibles ou non, y substituer les siennes.

Il y a lieu de remarquer que le contrôle hiérarchique ne porte que sur les actes accomplis. Le supérieur ne pourrait donc agir qu'après un subordonné ; il ne pourrait pas, au cas où celui-ci n'a pas encore statué, agir lui-même et *de plano* à la place de ce dernier. Il n'appartiendrait pas, par exemple, à un préfet, de prendre des règlements ayant pour but d'assurer la conservation des produits du sol, notamment d'interdire la circulation des chiens dans les champs et dans les bois, lorsque cette mesure est prescrite dans l'intérêt de la police rurale, parce que cette police rentre exclusivement dans les attributions des maires. (L. 5 avril 1884, art. 91 et 98. Crim. 22 janvier 1892. Minis. public contre Léon.) La solution contraire consacrerait une usurpation de pouvoirs.

Mais, en ce qui concerne la direction hiérarchique, il est bien certain, pour la bonne marche des affaires administratives, qu'un supérieur pourra donner des ins-

tructions à des inférieurs médiateurs si leur propre supérieur néglige de le faire, et le chef ne sera pas arrêté, comme tout à l'heure, par la force d'inertie de l'agent intermédiaire, parce que, nous l'avons déjà dit, le pouvoir de direction n'est pas spécialisé.

Ainsi, malgré la prévision possible d'inconvénients graves, un préfet néglige d'éclairer un maire sur les dangers de l'existence dans telles conditions de rouvoirs publics à l'effet d'amener ce maire à prendre un arrêté pour désigner les lieux où ces rouvoirs seront établis, la distance à observer dans le choix des emplacements destinés au séchage des plantes textiles après le rouissage. Le ministre pourra très bien avertir lui-même le maire et le presser de décider (loi du 21 juin 1898 sur la police de salubrité rurale, art. 18 à 28).

Pareillement, il pourra signaler à un maire une situation pouvant devenir grave par suite de mares ou fossés à eau stagnante établis dans le voisinage des habitations.

Et de même, lorsqu'il conviendra d'appliquer la loi sur la police de la santé publique (loi du 15 février 1902).

Les ministres n'ayant pas, d'une façon générale, le pouvoir réglementaire, pourront bien annuler, suspendre les règlements des préfets, leur enjoindre de les réformer eux-mêmes, mais ils ne pourront les amender directement.

Les attributions de ces deux autorités ne sont pas, sur ce point, de même nature.

On devra décider qu'il en sera de même pour les instructions accompagnant et expliquant ces règlements. Elles tiendront d'eux une force et une sécurité semblables.

Quelles vont être les conséquences de l'annulation ou de la réformation des instructions administratives ?

La question est presque absolument théorique. En pratique, elle ne se posera jamais ou à peu près.

S'il s'agit de circulaires tendant à faire appliquer une règle légale quelconque dans un sens manifestement erroné, le supérieur supprimera ce commentaire et y substituera son appréciation.

S'il s'agit d'une instruction tendant à faire prendre une mesure illégale, le supérieur l'annulera, fera notifier aux fonctionnaires intéressés cette annulation et les mesures visées ne seront pas accomplies.

Dans ces deux cas, le seul effet sera de prévenir les errements possibles chez des agents peu instruits de l'étendue de leurs pouvoirs.

Mais l'injonction ou le conseil pourront avoir déjà produit effet. Un acte administratif pourra exister. Dès lors, le supérieur ne s'attachera pas à briser une mesure provisoire. Il lui sera plus facile de s'attaquer directement à la décision. Celle-ci, mise à néant, entraînera dans sa chute tous les actes accomplis en vertu de son existence et aussi l'inspiration qui l'a faite surgir. Si le supérieur annulait seulement l'instruction, il serait

nécessaire qu'il annulât ensuite ses conséquences, car celles-ci ont une vie indépendante de celle-là.

Ainsi, lorsque l'instruction aura amené un résultat, le contrôle du chef s'exercera non pas sur elle mais bien sur les mesures qu'elle aura suscitées et la véritable question sera, non plus de savoir quel pourra être l'effet de l'annulation ou de la réformation de cette instruction, mais quelle sera la conséquence de la nullité déclarée ou de l'amendement de son résultat.

A ce point de vue, qu'il nous soit permis de rappeler brièvement les principes :

1° Tous les actes faits antérieurement en vertu de la décision annulée seront eux-mêmes mis à néant, même si cette décision n'est frappée que pour motif d'inopportunité ;

2° Les arrêts de juridictions administratives appliquant l'acte annulé devront eux-mêmes être brisés sur appel au Conseil d'État ; aussi les jugements des tribunaux ordinaires sur appel ;

3° Les procédures en annulation pour excès de pouvoir tomberont d'elles-mêmes ;

4° Si cependant l'acte en question avait créé des droits acquis aux tiers, amené des jugements passés en force de chose jugée, provoqué des décisions d'une autorité supérieure au fonctionnaire qui a prononcé l'annulation ou indépendante de lui, l'effet ne pourrait se produire que pour l'avenir et non dans le passé.

SECTION II

LE FONCTIONNAIRE REÇOIT L'INSTRUCTION

L'effet capital de l'instruction adressée à un fonctionnaire est d'obliger celui-ci à l'obéissance hiérarchique. Sur ce point, tout le monde est d'accord ; mais la difficulté commence, les divergences se manifestent dès qu'on veut analyser les caractères et l'étendue de cette obéissance.

S'impose-t-elle dans tous les cas ? Doit-elle être aveugle ou raisonnée ?

Nous avons déjà classé les instructions administratives en quatre groupes :

Dans le premier, nous avons rangé les simples conseils et les avis.

Dans le deuxième, les interprétations de lois et de règlements.

Dans le troisième, les ordres ou injonctions.

Enfin, dans le dernier, les notifications par le supérieur de sa persistance, après un nouvel examen, dans un ordre déjà donné, ou décision.

Nous avons ensuite remarqué que la puissance du commandement n'avait pas la même force dans tous ces groupes. Les cadres délimitant la liberté d'initiative du subordonné se resserrent progressivement jusqu'au point de chasser d'une manière absolue cette liberté. Lorsqu'il s'agira de conseils ou d'avis, l'agent

se trouvera en présence d'admonitions éclairées qu'il fera bien de suivre mais qui ne s'imposeront pas absolument à sa volonté.

Avec les circulaires interprétatives, il jouira d'une indépendance bien moins grande. Presque toujours, celles-ci seront pour lui l'injonction d'entendre un texte dans tel ou tel sens. Il ne lui restera plus que l'appréciation du fait.

Recevra-t-il un ordre, à plus forte raison une décision ? sa liberté viendra se briser sur un pur impératif.

L'obéissance hiérarchique à laquelle sera tenu l'agent suivra elle-même les modes de la puissance du commandement.

Dans notre première hypothèse, elle se présentera comme facultative. L'inférieur examinera lui-même, prendra en grande considération les conseils de son chef et, d'après tous les éléments qu'il aura pu recueillir, décidera.

Dans la seconde, il devra se demander d'abord si les faits qui sont portés à sa connaissance rentrent bien dans la catégorie pour laquelle le texte aura statué. Cette question préalable résolue, il devra appliquer strictement l'interprétation de l'autorité supérieure.

Dans les deux dernières hypothèses, son devoir d'obéissance exclura non seulement toute espèce d'amendement à la volonté du chef, mais encore toute espèce d'initiative.

S'il en était autrement, ce serait la désorganisation

des services publics. Il ne faut pas qu'un fonctionnaire puisse discuter les ordres de son supérieur ; il ne faut pas lui fournir le moyen de devenir son propre maître et de supprimer à son gré tout chef gênant, sous les prétextes les plus divers. Par conséquent, l'obéissance doit être plus ou moins étroite selon que l'ordre donné est plus ou moins impératif. Si l'ordre est formel, l'obéissance doit être absolue.

Encore sur ce dernier point, les principes directeurs de l'administration supposés d'une absolue moralité et les ordres donnés d'une absolue légalité, il ne peut y avoir contestation.

Mais comme, dans la réalité, les hommes même les plus intelligents peuvent se tromper, les hommes même les plus moraux méconnaître les normes de l'éthique, surtout parce que la vie est une machologie sans machéides (1), il deviendra très important de savoir si la nécessité de l'obéissance hiérarchique va subsister lorsque les ordres donnés seront iniques ou même d'une légalité douteuse.

A. — *Le point de vue rationel*

A. — « L'homme ne saurait-être un instrument

1. Der Kampf Von Dr Lasker, 116, Nassau Street, New-York, 1907. M. le Dr Lasker, dans cet ouvrage, expose toute une physiologie de la lutte en général, qu'il appelle une machologie. Le machéide est l'être idéal qui se présenterait dans la vie doué d'une perfection absolue. Il agirait toujours sous le commandement de la plus haute utilité : « Unter dem gebote der höchsten Zweckmässigkeit. »

matériel. Il ne peut abdiquer sa conscience. Nul n'a le droit de lui en commander le sacrifice. Nul ne peut lui expédier une dispense de la loi morale et lui enlever toute responsabilité. Aussi, l'obéissance due par l'inférieur à son supérieur suppose-t-elle la légitimité de l'ordre donné. C'est là le principe moral, éternel, immuable. » (Rossi, *Traité de droit pénal*.)

L'obéissance hiérarchique ne doit être ni aveugle ni passive. Les Romains eux-mêmes n'ont pas attribué à la « *dominica potestas* », qui fut un véritable « *dominium ex jure quiritium* » cet effet extrême : « *Servus non in omnibus rebus sine poena domini dicto audiens esse solet : Sicuti si dominus hominem occidere... servum jussisset.* » (L. 20 De oblig. et act., XLIV, 7.)

Il sera par conséquent nécessaire de rechercher un critérium au moyen duquel il deviendra possible de doser la nécessité de l'obéissance. Nous croyons pouvoir le trouver dans l'examen de la légitimité de l'ordre donné, quoique cependant cet examen se présente quelquefois comme très difficile.

a) Si l'injonction est appuyée sur un commandement précis de la loi, l'agent doit obéir alors même que l'ordre apparaîtrait injuste. La loi dispose sous une forme générale, pour des faits à venir, sans égard pour telle ou telle personne. On doit lui accorder toutes les présomptions possibles de légitimité. Désobéir au législateur peut être, comme on l'a dit, un acte de vertu dans certains cas, mais on ne saurait, d'une part, permettre

la mise en jugement de la loi, et, d'autre part, imputer à faute son exécution.

b) Si l'injonction s'appuie sur l'autorité d'un jugement, il devra en être de même à cause des garanties spéciales de forme et de fond dont sont entourés les actes de la justice.

c) Enfin, si l'injonction n'a d'autre base que la moralité et la sagacité du supérieur, les présomptions de légitimité s'infirmement considérablement. Le subordonné devra examiner les prescriptions formulées dans leur forme et dans leur fond avec la plus grande liberté d'esprit.

Forme. — L'ordre est-il du nombre de ceux pour lesquels la loi a prescrit des formes spéciales ? Celles-ci étant non observées, l'inférieur doit refuser l'obéissance. S'il exécute, le fait lui est imputable.

Le fait ordonné est-il semblable ou analogue dans sa forme extérieure à ceux que le supérieur peut légitimement ordonner sur tous les objets de son ressort ? L'inférieur qui exécute doit être tenu pour irresponsable. Dans le cas contraire, l'agent subalterne ne pourrait croire légitimes les agissements de son chef et il se rendrait personnellement plus ou moins coupable.

Fond. — Si l'ordre dépasse les objets de la compétence du supérieur, il n'existe pas de lien hiérarchique et il ne peut être question d'obéissance.

Enfin, si l'ordre, même malgré le respect des formes prescrites, est criminel, le fonctionnaire ne doit pas

y souscrire. L'évidence de la criminalité détruit d'elle-même la présomption de légitimité du commandement. Cette évidence, à la vérité, peut n'être pas très précise. L'exécuteur d'un ordre injuste peut avoir cru le commandement légitime quoique sévère. Il peut avoir douté de son opportunité, mais, confiant dans la rectitude du jugement de son chef, ne pas avoir pensé se rendre l'instrument d'un crime. Cette défense doit être acceptée à moins qu'il n'apparaisse certainement le contraire. L'ordre politique exige l'obéissance et par conséquent l'impunité du subordonné toutes les fois qu'il ne pourra venir à l'esprit de celui-ci qu'un simple doute sur la légitimité d'une prescription. Dans ce cas, la présomption doit être en faveur du supérieur qui est, par hypothèse, bien mieux placé pour apprécier.

S'il en était autrement, il serait à craindre que la stabilité sociale en fût ébranlée.

Cependant, certains auteurs ont soutenu qu'ici également l'inférieur doit s'abstenir parce que la désobéissance est un moindre mal que le crime. Ainsi, Grotius, *De iure belli ac pacis*, Caput XXVI (1).

1. Si imperetur his qui sub alieno imperio sunt, et causam belli injustam credant, non militandum...

Quod si dubitet res licita sit, nec ne, erit ne quiescendum an parendum? Parendum plerique censent, nec obstare illud laudatum...

Crede enim potest in re dubia obsequendum superiori... ejus vero nulla culpa est qui parere necesse est... Necessitas potestatis excusat et similia...

Non caret tamen hoc sua difficultate...

(La désobéissance.) Nam cum utrumque incertum sit (nam si injustum

L'abstention peut être, comme nous l'avons dit plus haut, un acte de vertu, mais, pour les raisons que nous avons exposées, nous ne saurions la soutenir.

En résumé, l'inférieur sollicité par un ordre de son chef doit se poser cette unique question : croit-il, peut-il croire qu'en exécutant, il va commettre un acte illícite ?

La réponse seule de sa conscience devra déterminer sa conduite et il n'y aura pas à distinguer entre les fonctionnaires civils et les militaires. Ceux-ci, pas plus que ceux-là ne doivent être considérés comme de purs instruments.

Néanmoins, sans prétendre obliger le militaire à commettre sciemment un crime sur l'ordre de ses chefs, on a argué de la nécessité de la discipline dans l'armée et du salut de la patrie pour dénier au soldat la faculté complète de raisonner et l'assujettir, de ce fait, à une obéissance plus étroite ou lui interdire même pour légitimer un refus, de considérer l'illicéité de l'acte qui lui est commandé lorsque ce dernier ne peut constituer qu'un crime léger. L'abstention du militaire, dès lors, ne pouvant s'exercer qu'en égard aux crimes atroces.

1^o *Diminution du droit de raisonner.* — Le délit du militaire résistant à son supérieur est, sans nul

est bellum, jam in ejus vitiatione nihil est inobedientiae) caret peccato quod ex duobus minus est. Inobedientia autem in ejus modi rebus suapte natura minus malum est quam homicidium, praesertim multorum innocentium.

doute, moralement et politiquement beaucoup plus grave que celui du fonctionnaire civil; parce que la désobéissance militaire peut entraîner des conséquences désastreuses que le coupable n'a pas dû ignorer. On doit par conséquent exiger dans l'armée une dépendance plus complète que dans la hiérarchie administrative. Mais cette dépendance ne peut être fondée sur une diminution du droit de raisonner.

M. Rossi a dit avec une grande force : « Le soldat ne doit pas raisonner ! Vis-à-vis de qui ? de tout supérieur ? de son caporal ? de son capitaine ? de son colonel ? Doit-il réprimer sa raison en toutes choses ou en quelques-unes seulement ? »

« S'il doit se faire machine vis-à-vis de tout supérieur et en toutes choses, il faudra donc l'absoudre lorsque, par ordre de son supérieur, il aura tué son roi.

« S'il doit distinguer entre supérieur et supérieur, entre ordre et ordre, il faut qu'il raisonne... Toujours est-il qu'il a l'obligation légale de faire usage de son intelligence ; toujours est-il que dans un cas donné, il doit dire : Je n'obéirai pas ; toujours est-il que la doctrine de l'obéissance passive, incompréhensible en morale, n'en est pas moins absurde en politique. »

Et en effet, quel sera le point d'arrêt du devoir de critique du soldat ? Peut-on le déterminer ou en avoir une idée, même obscure ? Résidera-t-il dans la diminution des cas critiquables, ou dans l'affaiblissement nécessaire de l'application du jugement ?

Sur le premier point, il y aurait bien possibilité, à la condition que le législateur eût précisé lui-même. Mais il ne peut pas faire cette précision, parce qu'il ne peut pas prévoir tous les faits et, en l'absence de ses prescriptions, on serait amené à imposer arbitrairement, malgré le criminel de l'ordre, une conscience plus ou moins large.

Sur le second point, on énoncerait une claire absurdité !

Si le lien hiérarchique, dans l'armée, est plus solide que dans l'administration, ce n'est point parce que le soldat doit avoir une conscience moins élevée que le reste des hommes, point parce qu'il doit posséder à un moindre degré la faculté de discuter l'ordre reçu, mais uniquement parce que la situation de fait dans laquelle il se meut est exceptionnelle.

L'évidence de l'illicéité de l'injonction impose une barrière tout aussi forte à l'action du soldat qu'à celle du civil. Seulement, la perception de cette évidence varie suivant la situation de fait dans laquelle se trouve placé l'agent, et il peut très bien arriver que là où le fonctionnaire civil résiste légitimement le soldat ne soit pas en droit de le faire. On exige de l'un une connaissance parfaite des attributions qui lui sont dévolues et de celles de ses supérieurs ; son mandat est défini d'une façon précise ; il est doué d'une certaine expérience et, pour ces raisons, il est assez apte à apprécier la légalité des actes qui lui sont ordonnés. L'autre, au contraire, dans les degrés inférieurs, n'a pas le s

connaissances nécessaires pour porter un jugement sur les commandements de ses chefs ; ensuite, ses attributions ne sont pas très définies et il ne peut toutes les connaître ; il est appelé à faire toute espèce de choses, même à assurer, le cas échéant, la marche des services publics ; il n'a d'autre règle de conduite que la confiance dans ses supérieurs et il sait avec quelle force ses actions peuvent réfléchir sur le salut de la patrie. Et combien ces considérations ne sont pas plus importantes en temps de guerre. L'état d'hostilité va légitimer des actes qui seraient criminels pendant la paix, ôtant à l'inférieur les moyens, si faibles soient-ils, qu'il avait de juger les exigences du service. Une telle transformation ne pourra pas influencer le fonctionnaire civil. Ses fonctions seront toujours les mêmes, à moins cependant qu'une règle légale, sous le coup des besoins, ne vienne les modifier ; mais alors, c'est à la loi qu'il obéira. Le militaire n'aura pas cet abri sûr car il n'est pas possible de légiférer pour des situations pouvant se transformer avec une telle rapidité. Par quelle opération de l'esprit, dans les cas non caractéristiques, le militaire pourra-t-il apprécier la légitimité du commandement ?

Ce n'est donc pas une diminution du droit de raisonner qui doit fonder, chez le soldat, une obéissance plus complète, mais bien la difficulté de fait, pour lui, de découvrir l'évidence du vice de l'ordre.

De ce point de vue, il faut aussi appliquer la distinction aux divers agents civils de l'administration active

parce que tous ne se trouvent pas dans la même situation. Cependant, on doit observer que la différenciation sera chez eux très minime, de telle sorte qu'en fait, l'opposition que nous venons de tracer subsiste avec toute sa force.

M. Vivien, dans ses études administratives, a exposé cette gradation des moyens d'analyse dont peuvent disposer les fonctionnaires : « L'obéissance hiérarchique, dit cet auteur, est une condition essentielle de l'ordre et de la bonne constitution des pouvoirs, mais elle se modifie d'après la nature de la fonction et le caractère des ordres. Le magistrat ne relève que de sa conscience, on peut lui imposer l'exactitude, mais un jugement, jamais.

« Au militaire, est prescrite dans tous les cas une obéissance absolue et complète. Entre le militaire qui exécute et le magistrat qui juge, les autres fonctionnaires sont assujettis à une subordination plus ou moins étroite selon les circonstances... »

2° *Distinction entre les crimes atroces et légers.* — On a soutenu aussi que la rigueur de la discipline militaire devait être la conséquence de ce que le soldat doit distinguer entre les ordres tendant à lui faire commettre un crime atroce et ceux pouvant engendrer seulement un crime léger. L'importance et l'impérieuse nécessité de la fonction militaire nécessiteraient l'obéissance dans le second cas, l'ordre du supérieur ne justifiant pas l'agent qui a commis un crime atroce mais

mettant à l'abri de toute peine l'auteur de l'autre. Cette théorie a été surtout développée par les anciens jurisconsultes. (Farinacius Quaest. 97, n° 5 et 1. — Gomez, *De Delictis*, c. 3) (1).

La distinction n'est pas rationnelle, car elle tend forcément à faire considérer comme licites, pour des circonstances extérieures, des actes par eux-mêmes immoraux, et qu'elle violente fatalement la conscience.

Un crime, qu'il soit atroce, grave ou léger, n'en demeure pas moins toujours un crime, et si l'agent a découvert la nature criminelle du fait, l'ordre supérieur n'y pourra apporter aucun changement. On ne peut pas imposer un acte illicite, même sur la certitude qu'il amènera des résultats heureux. On ne peut pas *a priori* expédier une dispense distributive de la loi morale,

1. Gomez, *Commentarii*, Caput III, n° 42 : De homicidio.

Mandatarius quando possit excusari, ut non teneatur ex mandato?

Si vero quod mandatur est de genere prohibitorum, sed mandatarius est persona subiecta ipsi mandanti ut... tunc in grauib. et atrocibus delictis non excusatur quia in talibus non debuit parere... Adeo quod in his, mandato principis vel imperatoris, non est parendum, imo melius est cuncta mala pati in bonis et persona quam ei consentire...

(Un texte) dicit : si bonum est quod praecipit imperator, iubentis exequere voluntate, si malum, responde : Deo Magis obedire quam hominibus... et quasi per totam quaestionem, in leuib. vero delictis bene excusatur talis persona subiecta. (Text. est 22 ad L. Aquiliam) : « Liber homo si iussu alterius damnum iniuria dedit actio L. Aquiliae cum eo est, qui iussit, si modo ius imperandi habuit ; quod si non habuit cum eo agendum est qui fecit. » Unum tamen est, quod licet, talis persona subiecta non excusatur in grauib. et atrocibus delict. Tamen mitius debet puniri et non poena ordinaria delicti.

parce qu'à ce sujet nul ne peut avoir un droit quelconque.

Quelle que soit la nature et la gravité du fait imposé à l'agent subalterne, civil ou militaire sans distinguer, celui-ci n'aura jamais qu'à se poser la seule question indiquée plus haut : Croit-il, peut-il croire être amené à commettre un acte illicite ?

Après cela, il doit agir moralement et rationnellement à ses risques et périls. Obéir et présumer l'ordre légitime tant qu'il ne lui apparaît pas le contraire. Les tribunaux, juges compétents et libres appréciateurs de l'imputabilité, jugeront s'il a suffisamment appliqué sa conscience et sa raison.

B. — *Le point de vue du droit positif*

Notre Code pénal exige, en ce qui concerne l'admission de l'excuse tirée de l'obéissance hiérarchique, une double condition : l'adjonction, comme base, de l'ordre de la loi au commandement de l'autorité légitime. Dans ce cas, il n'y a ni crime ni délit même si l'acte est illicite et délictueux en soi (Art. 327 Cbn 114 al. 1 et 184, C. pén.). Si l'un de ces deux termes vient à faire défaut, l'acte demeure illicite.

En effet, d'une part, si, pour les cas prévus par la loi, l'ordre de l'autorité supérieure manque, l'inférieur qui agit sans cet ordre engage sa responsabilité (art. 608 C. Inst. crim. et 120 C. pén.). D'autre part, si le chef

hiérarchique prescrit, en dehors des cas prévus par la loi, un acte illégitime, cet acte conserve son caractère illicite et engage la responsabilité de celui qui l'a commandé et de celui qui l'a exécuté (art. 114 al. 1, 184, 186, 188, 189, C. pén.).

Cependant, le Code admet quelques dérogations (art. 114 al. 2 et 190) au principe qu'il vient d'établir. Dans certains cas et pour certaines matières, il serait presque impossible au subordonné d'opposer à son supérieur, le commandement de la loi faisant défaut, un refus d'obéissance. L'examen de l'ordre, hérissé de trop grandes difficultés, ne pourrait convenir au souci de l'unité sociale. Il importe, en effet, au plus haut point, par exemple dans l'exécution des mesures restreignant la liberté individuelle des citoyens, qu'un inférieur ait une confiance absolue dans son chef et qu'il ne puisse discuter ses ordres lorsqu'aucun moyen de critique ne saurait être mis en jeu. Qu'objecter à la présomption de légitimité du commandement d'un commissaire de police ordonnant l'arrestation d'un homme qu'il affirme reconnaître pour un criminel dangereux ?

Pour ces motifs, le subordonné qui a obéi doit être tenu pour irresponsable.

Mais il faut bien remarquer que les articles 114 alinéa 2 et 190 ne peuvent s'appliquer qu'au cas où l'injonction porte bien sur des objets du ressort du supérieur sur lesquels il lui est dû obéissance hiérarchique. Au reste, ces articles reconnaissent une excuse absolutoire au

profit des fonctionnaires pour les actes qu'ils prévoient. Si, au nombre de ces actes, se trouvaient des homicides ou des coups, on ne peut douter que leurs auteurs, en prouvant qu'ils ont reçu un ordre supérieur, ne bénéficiassent de l'excuse légale.

Est-il possible de généraliser ces dispositions et de les appliquer à tous les cas non réglés par la loi ? Evidemment non, à cause de l'article 65 (C. pén.). Les articles 114-2° et 190, en établissant une excuse légale absolutoire dans certains cas au profit des fonctionnaires, permettent à ceux-ci d'échapper pour ces cas à la responsabilité. Si cette excuse n'existait pas, les inférieurs seraient responsables puisque la double condition de l'article 327 ne serait pas remplie. Or, les excuses légales sont de droit étroit et ne peuvent s'étendre en dehors des cas prévus par le législateur (art. 65, C. pén.). Par conséquent, lorsque les articles 114 alinéa 2 et 190 ne seront pas applicables, la responsabilité d'un acte délictueux quelconque ordonné par le supérieur légitime, demeurera entière (1).

Il suit de là que l'homicide et les blessures commandés par le chef hiérarchique, sauf le cas des articles

1. En ce sens, le dernier article de toutes les lois budgétaires :

« Toutes contributions directes et indirectes autres que celles qui sont autorisées par les lois de finance de l'exercice... à quelque titre et sous quelque dénomination qu'elles se perçoivent sont formellement interdites à peine contre les autorités qui les ordonneraient, contre les employés qui confectionneraient les rôles et tarifs et ceux qui en feraient le recouvrement; d'être poursuivis comme concussionnaires, etc. »

précités, ne pourront jamais être légalement excusés.

D'autre part, il est certain que l'ordre du chef, en dehors des cas d'excuse légale ne sera pas, pour le subordonné, une cause de justification. Aucun texte législatif ne lui reconnaît cette puissance.

Cependant, ce même ordre ayant amené la perpétration d'un fait délictueux, pourra être une cause de non culpabilité de l'agent subalterne ou, tout au moins, atténuer sa responsabilité :

1° Si cet agent a éprouvé une telle crainte de désobéir qu'il n'a pu réagir contre elle (art. 64. Contrainte morale) ;

2° S'il n'a pas connu l'illégalité de l'acte par suite d'une ignorance ou d'une erreur de sa part exclusives de tout dol ;

3° S'il a été conduit à la croyance raisonnée qu'il ne commettait pas de délit.

Il n'y aura là d'ailleurs que le jeu naturel des principes de l'imputabilité pénale, car si, malgré l'ordre et la présomption de sa légitimité, le subordonné a eu conscience qu'il servait d'instrument à un délit, sa responsabilité ne pourra être écartée.

Si l'on compare les solutions de notre Code pénal avec les principes supérieurs de la morale que nous avons exposés, on peut constater qu'il y a accord hormis les exceptions des articles 114 alinéa 2 et 190.

En effet, la loi aussi trouve le critérium de l'obéissance nécessaire aux ordres du supérieur et de la res-

ponsabilité de l'inférieur, dans l'obligation pour celui-ci d'examiner la légitimité des actes qui lui sont prescrits.

Elle ne frappera le subordonné que s'il a compris ou s'il était placé dans une situation lui permettant de comprendre l'illicéité de l'injonction. Elle ne le rendra responsable que s'il n'a pas fait les efforts qu'il lui était possible de faire pour découvrir la vérité. Néanmoins, si son fait est dirigé contre la liberté individuelle ou civique d'un citoyen, encore, contre la chose publique, elle l'absoudra.

Cette dérogation au principe moral est bien plus théorique que réelle. Le législateur n'a pas voulu mettre de côté certains crimes qu'il considérerait comme assez peu importants pour que l'agent ne prenne garde de les éviter. Le législateur a compris que, dans ces situations qu'il excepte, quelque effort que l'on fasse, quelque application du jugement que l'on exerce, on ne pourrait découvrir clairement le vice de l'ordre. Dès lors, permettre de rechercher les motifs qui ont déterminé l'agent d'exécution, apprécier s'il a suffisamment appliqué son jugement, ne seraient que choses inutiles. La loi, prévoyant les faits, édicte que l'ordre en lui-même est une excuse absolutoire au profit du subalterne. Elle évite ainsi l'appréciation du point de savoir si ce subalterne a fait tous les efforts possibles dans sa situation pour conformer sa conduite à la légalité et fait peser la responsabilité de l'acte, toute entière, sur la personne du supérieur.

Dans la réalité, ces prévisions pourront être mises en défaut et il sera très regrettable de voir consacrer l'impunité d'un agent qui aurait pu et qui aurait dû envisager plus nettement un acte ordonné. Cependant, ce sera très rare pour des raisons très simples : d'abord, à cause de la difficulté que rencontrera le fonctionnaire à reconnaître l'illégalité de la mesure ; ensuite, à cause des barrières élevées contre cette même illégalité, par la nécessité de la compétence du supérieur ; enfin, à cause des limites d'application de nos articles exceptionnels : l'évidence parfaite de la criminalité est exclusive de l'obéissance hiérarchique, et présente, chez un agent qui la perçoit dans un ordre supérieur, les caractères de la complicité.

Nous avons dit qu'en raison on ne doit pas reconnaître au soldat un devoir moindre de juger la légalité des ordres supérieurs. Aussi bien, la loi positive consacre-t-elle ce principe. Si, d'une part : 1^o les règlements du service intérieur de l'armée décrètent : que la discipline étant la base principale des armées, tout inférieur doit à son supérieur une obéissance de tous les instants, que l'autorité qui donne des ordres en est responsable, et que la réclamation n'est permise à l'inférieur que lorsqu'il a obéi ; 2^o Les articles 218 J. M. terre et 294 J. M. mer, s'opposent au refus d'obéissance, sans distinction de la légalité ou de l'illégalité de l'ordre ; d'autre part, les lois militaires font appel au libre jugement des subordonnés pour décider

si l'ordre donné doit entraîner obéissance hiérarchique et s'il est pris dans les objets du ressort de leurs supérieurs.

Ainsi, les membres d'un conseil de guerre auxquels leur général ordonnerait de ne pas suivre les formes de la loi, se rendraient coupables en exécutant cet ordre.

Et, malgré les articles 248 J. M. terre et 294 J. M. mer, le soldat a le droit et le devoir de refuser obéissance lorsque l'illégalité de l'acte qui lui est commandé est évidente.

Des principes que nous venons de poser, nous pouvons citer quelques applications.

Il a été jugé :

1^o Que le maire qui, sans autorisation, fait arracher une haie pour élargir un chemin, est responsable envers le propriétaire de la haie, mais qu'une telle responsabilité ne saurait peser sur l'inspecteur voyer qui a concouru à ces travaux d'après l'ordre de l'autorité (Bourges, 20 août 1828, Roland d'Arbousse.)

2^o Que l'approbation donnée par le ministre à l'acte administratif d'un fonctionnaire exclut toute responsabilité de la part de ce dernier et, par conséquent, toute poursuite contre lui. (Conseil d'État, 22 février 1821, Lambert.) Dans notre arrêt, il s'agit d'un directeur de la Monnaie qui avait refusé de frapper pour un particulier une médaille. Le ministre approuva sa décision. Le déni de l'action contre le directeur pouvait résulter des circonstances de la cause. Cependant, il ne faudrait

pas généraliser cette solution. L'ordre du supérieur, lorsqu'il peut servir de justification à l'acte de l'inférieur, doit précéder cet acte. Une approbation postérieure ne saurait suffire, car le subordonné aurait dû attendre les instructions de son chef. Il faut admettre ici la responsabilité du supérieur solidairement avec celle de l'inférieur. En tout cas, le dol ou la faute lourde ne sauraient être excusés par une approbation ultérieure. Il suffira même que le subordonné ait eu un doute sur la légalité de son acte pour qu'il soit inexcusable, alors qu'aucun ordre ne l'obligeait à agir.

3° Que le caporal qui, sur les ordres du chef de poste, a opéré avec l'assistance de quelques gardes, dans une maison particulière, une arrestation reconnue illégale, se trouve couvert par la responsabilité de son supérieur alors qu'il a pu croire que les ordres à lui donnés n'excédaient pas les attributions du chef de poste. (Bourges, 30 décembre 1870. D. 71. 2. 226. Krebs contre Bigot et Bardou.)

4° En 1871, un préfet, dans un arrêté suspendant deux journaux, en avait diffamé les rédacteurs. Ceux-ci le poursuivirent en diffamation. Le préfet, pour s'excuser, répondit que les termes mêmes de l'arrêté lui avaient été indiqués par une dépêche du ministre. La Cour d'Angers n'admit pas cette excuse parce que « la diffamation étant un délit, l'ordre du supérieur ne pouvait couvrir la responsabilité de l'inférieur : »

Cumont et Stofflet contre Engelhard, préfet du

Maine : Attendu... qu'on ne peut admettre davantage l'excuse fondée sur les articles 114 et 190 du Code pénal lesquels exemptent de pénalité les fonctionnaires qui justifient avoir agi par ordre de leurs supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci.... que ces deux articles s'appliquent à une catégorie particulière de délits : les attentats à la liberté et les abus d'autorité contre la chose publique, et ne peuvent être étendus à d'autres délits ; attendu qu'en admettant que ces articles eussent la portée générale que leur attribue le prévenu, on ne saurait prétendre que l'ordre de commettre un crime ou un délit soit compris dans les choses pour lesquelles l'obéissance hiérarchique est commandée (3 mars 1871).

5° En 1889, un sous-préfet qui avait fait lacérer des affiches électorales proposant aux électeurs la candidature du Général Boulanger, prétendit s'excuser en alléguant les ordres du préfet et du ministre. Le tribunal correctionnel de Reims et le tribunal des Conflits refusèrent d'appliquer ici l'article 64 ou d'étendre les articles 114 et 190 du Code pénal. (Tribunal correct. de Reims, nov. 1889 et Conflits; 15 fév. 1890. D. P. 91. 3. 31.)

6° Il a été décidé qu'un cantonnier, qui avait enlevé des pierres sans que les formalités du décret du 8 février 1868 eussent été remplies, était responsable, bien que n'ayant agi que d'après les ordres de ses chefs (Trib. Conflits, 12 mai 1877, Gagne). Cette déci-

sion nous paraît très critiquable. Le cantonnier, qui était probablement peu lettré, pouvait ignorer la loi. Il ne fut donc dans la circonstance qu'un instrument docile et inconscient entre les mains de ses chefs. Ce n'était pas au cantonnier, c'était à ses supérieurs hiérarchiques qu'il appartenait de remplir les formalités préalables du décret. Le cantonnier devait supposer que les ordres par lui reçus étaient réguliers, avaient été précédés des formalités préalables prescrites. En somme, il obéissait à ses supérieurs pour un objet de leur ressort.

Tout autre était la situation du préfet et aussi celle du sous-préfet dans les deux autres exemples cités plus haut : ils ne pouvaient ignorer qu'ils commettaient un délit.

La nécessité de l'obéissance hiérarchique a donc un point d'arrêt certain dans la conscience de l'illégitimité de l'ordre, et le fonctionnaire peut refuser d'obtempérer à certaines injonctions.

Supposons par exemple que le Parlement ou l'une des deux Chambres, pour obliger un ministère à se retirer, refuse le vote de l'impôt. Le cas s'est déjà présenté en décembre 1877, à la suite de la constitution d'un ministère extraparlémentaire dont la politique était manifestement contraire aux vues de la majorité. La Chambre voulant obliger à se retirer le cabinet présidé par le Général de Rochebouet, qu'on accusait de préparer un coup d'Etat, refusa, alors que l'on se trou-

vait aux derniers jours de décembre et que le budget ne pouvait être voté en temps utile, le vote des douzièmes provisoires nécessaires pour assurer le fonctionnement des services publics. A la suite de ce vote, le cabinet démissionna et fut remplacé par un ministère parlementaire auquel la majorité accorda les douzièmes demandés.

Mais que serait-il arrivé si le ministère, conservant le pouvoir grâce à la complicité du Président de la République, le Maréchal de Mac-Mahon, avait voulu, pour assurer le fonctionnement des services publics, percevoir l'impôt? Notre opinion est que le gouvernement du Maréchal de Mac-Mahon aurait pu, à ce sujet, multiplier les ordres et les instructions, et que néanmoins la plupart des fonctionnaires des finances se seraient refusés à l'exécution d'actes illégaux et inconstitutionnels. D'ailleurs, les contribuables récalcitrants auraient été nombre, et les poursuites dont ils auraient pu être l'objet n'auraient pu aboutir qu'à des acquittements.

Dans le même ordre d'idées, un magistrat du parquet serait fondé à refuser d'ouvrir une information contre un citoyen innocent du délit qu'on lui reprocherait ; — un professeur d'école publique pourrait refuser d'enseigner des doctrines contraires, soit à ses propres croyances religieuses, soit à celles de la majorité de ses élèves ; d'ailleurs, il n'est pas douteux que, traduit devant un conseil de discipline composé de

membres de l'enseignement, ses pairs, il serait absous.

Et d'une façon générale, tout fonctionnaire peut refuser d'accomplir des actes qui seraient manifestement attentatoires aux droits individuels, aux libertés publiques et aux lois fondamentales de l'Etat.

Le fonctionnaire a encore une autre faculté : il peut réclamer contre les ordres qui lui sont donnés devant un fonctionnaire faisant partie de la même hiérarchie, mais d'un rang plus élevé que l'auteur des ordres, c'est-à-dire porter sa réclamation devant le supérieur de son supérieur dans la même série d'échelons.

Le subordonné d'un préfet peut réclamer devant le ministre et faire réformer ou annuler une instruction qui lui aurait été donnée par le préfet. Et même, d'une façon générale, tout fonctionnaire peut attaquer tous les actes qui empiéteraient sur ses attributions.

C. — *Effets de l'inexécution de l'instruction*

Dans les cas où l'obéissance hiérarchique doit intervenir, l'inexécution des instructions reçues entraîne dans l'administration civile les sanctions suivantes : la réprimande, la retenue de traitement, le déplacement, la rétrogradation, la mise en disponibilité, la révocation. Ces trois dernières sanctions qui sont les plus graves ne peuvent, en général, être appliquées qu'au moyen de l'accomplissement de formalités qui garantissent le fonctionnaire contre l'arbitraire gouverne-

mental. Il serait long et fastidieux d'exposer ici les règlements, aussi divers que les services publics, qui ont été établis, dans ces dernières années, pour garantir le fonctionnaire contre la privation injuste de son emploi. Contentons-nous de dire que la révocation de la plupart des fonctionnaires civils ne peut être prononcée que sur l'avis d'un conseil composé de ses pairs.

Bien entendu, l'application des sanctions disciplinaires n'exclut pas l'action en responsabilité de la partie lésée par la faute personnelle d'un fonctionnaire qui n'a pas suivi ou qui a mal suivi les instructions reçues. Mais cette question fera l'objet de la section suivante.

Enfin, le refus d'obéissance de certaines catégories de fonctionnaires constitue un délit prévu et réprimé par l'article 234 du Code pénal, ainsi conçu :

« Tout commandant, tout officier ou sous-officier de la force publique, qui, après en avoir été légalement requis par l'autorité civile, aura refusé de faire agir la force à ses ordres, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à trois mois, sans préjudice des réparations civiles qui pourraient être dues aux termes de l'article 10 du présent Code. »

Les mêmes sanctions disciplinaires seraient applicables au cas de mauvaise exécution des instructions, qu'elle soit la conséquence de la négligence du fonctionnaire, ou d'un excès d'obéissance de sa part l'ayant amené, par besoin de zèle, à dépasser les prescriptions de ses supérieurs.

Il est intéressant de constater que le Code pénal italien, article 50, prévoit ce dernier cas.

SECTION III

L'INSTRUCTION ADMINISTRATIVE AU REGARD DES TIERS

§ I. — *Rapport des tiers et de l'instruction*

Nous avons déjà marqué les caractères distinctifs de l'instruction du supérieur hiérarchique, en étudiant le fond et la forme de cet acte administratif. Nous avons observé qu'il intervenait seulement pour conditionner les rapports des agents de l'administration entre eux, qu'il se présentait comme le moteur et aussi le régulateur de la marche des services publics, mais qu'il était impuissant, isolé de toute mesure d'exécution, à modifier par lui-même la situation des administrés.

En effet, d'une part, il ne décide rien, il ne bouleverse rien, il conçoit seulement, il propose, il ordonne la décision ou le bouleversement. Il n'applique pas une loi de telle façon ni dans tel sens, mais il prescrit de l'appliquer de cette façon et dans ce sens. Il se distingue donc nettement des mesures définitives qui auront, elles, une action réelle sur le commerce juridique. Celles-ci, prises par une autorité compétente, dans le but bien arrêté de régler d'une manière tout à fait précise une certaine situation, s'adresseront directement aux tiers, et leur annonceront que désormais leur règle

de conduite sera telle. De ce moment pour eux, mais d ce moment seulement, il y aura quelque chose de changé.

D'autre part, les administrés ne sauraient réclamer à la justice la nullité d'un acte que dans le cas où cet acte aurait vis-à-vis d'eux quelque conséquence présente de droit, que dans le cas où le seul fait de son existence leur ferait actuellement grief; sinon, ils seraient impuissants à l'atteindre, parce qu'il n'y aurait pas de point d'appui permettant d'arriver jusqu'à lui, parce que la relation de cause à effet n'existerait pas. Or le propre de l'instruction administrative est précisément de n'avoir aucune conséquence actuelle de droit pour les tiers et, par suite, de manquer totalement de point d'appui à l'effet de rendre possible leur action judiciaire. Qu'il s'agisse d'instructions explicatives, consultatives, impératives, une semblable imperfection, une même impuissance devront faire admettre une solution identique. Les administrés n'auront pas plus de droit contre elles que les plaideurs n'en ont sur le réquisitoire du ministère public ou les délibérations des juges. Ils ne pourront attaquer qu'un acte les atteignant directement. Ceux-ci, le jugement, ceux-là, la décision exécutoire.

A la vérité cependant, l'importance de fait du pouvoir hiérarchique de direction sera considérable. Si les tiers n'éprouvent encore rien, la naissance d'un ordre ou d'une circulaire peut leur faire craindre, doit très souvent leur faire sûrement prévoir une différente manière d'être dans leur vie juridique. Etant donnée

la force avec laquelle l'injonction du supérieur oblige l'inférieur, la certitude d'une décision prochaine s'imposera forcément à leur esprit. Leur crainte, pour n'être qu'éventuelle, n'en sera pas moins tout aussi justifiée, tout aussi forte, car cette éventualité n'affectera pas la possibilité de l'échéance, elle est certaine, mais uniquement le jour plus ou moins proche où elle se produira. En fait donc, et au regard des tiers, l'instruction administrative influe avec une telle force sur la confection des mesures qu'elle prévoit, elle adapte tellement bien à sa pensée l'acte qui lui donne vie, qu'on est porté à négliger ce dernier, le plus important juridiquement, pour attribuer sa force à celle-là, ou mieux, qu'on envisage une égale puissance dans l'un et dans l'autre des deux modes. Très souvent, les administrés, sous l'empire de cette confusion, ont déferé au Conseil d'État des ordres administratifs, sans attendre leur accomplissement. Dans de nombreux arrêts, la Cour suprême administrative a repoussé leur demande parce que, par exemple : l'arrêté ministériel attaqué n'est en réalité autre chose qu'une instruction... Nous avons observé déjà que par cette formule, le Conseil d'État semblait répugner à bannir absolument de l'acte à lui déferé toute la vigueur de la décision exécutoire, puisqu'il le qualifiait quand même d'arrêté, et ne proclamait pas clairement : « L'acte par lequel le ministre... ne pouvant être qualifié arrêté et étant simplement une instruction... »

Dans le même ordre d'idées, un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry montre quelle importance juridique exagérée prennent quelquefois, aux yeux des tribunaux, les circulaires administratives :

« Attendu, dit la Cour, qu'aucun texte législatif, ni même aucune instruction ministérielle ne classe les fondés de pouvoir des receveurs particuliers au nombre des fonctionnaires ou employés de l'État... (Roux contre Deruay, Chambéry, 11 mars 1896.)

Est-ce à dire que si les articles 1208 et 1209 de l'instruction générale du ministre des Finances réglant certains points de vue de la situation des fondés de pouvoir, avaient classé ces derniers parmi les fonctionnaires publics, la cour aurait fait droit aux prétentions de Deruay ? Nous ne le pensons pas ! Néanmoins, il est intéressant de remarquer cette mise en parallèle par la jurisprudence, des lois, des textes organiques des services publics et des instructions.

Il est donc légitime de conclure de tout ceci, d'abord que les instructions sont en fait énormément importantes, ensuite, que si elles ne s'adressent pas directement aux tiers, en général elles les atteignent indirectement et, en particulier, elles réfléchissent toujours sur eux par l'intermédiaire de la décision exécutoire qui se présente alors comme un prisme réfractant la volonté supérieure sur l'ensemble des droits des administrés.

C'est là le fait capital, le principe qui doit servir à

solutionner toutes les difficultés relatives aux rapports indirects des ayants droit avec l'instruction.

§ 2. — *Mesures dirigées contre l'acte*

A) *Recours hiérarchique et gracieux.* — Les tiers menacés par l'exécution des mesures qu'ils prévoient, vont-ils pouvoir conjurer un péril imminent ? Vont-ils pouvoir prendre les devants et s'opposer à l'accomplissement de ces mesures dès avant la moindre application, en réclamant l'infirmité de l'ordre qui les suscite ?

Il serait inadmissible, en raison, que les administrés fussent complètement désarmés en face d'actes ayant une telle importance, même sous le prétexte que ces actes ne sont pas susceptibles de leur faire grief directement et qu'ils ne leur sont pas opposables. Dans l'existence d'une moralité administrative, dans la responsabilité du supérieur hiérarchique, les tiers doivent trouver une possibilité de concours avec l'administration pour assurer la bonne marche des services publics. Ils doivent pouvoir présenter leurs observations aux autorités administratives et réclamer d'elles l'annulation ou la réformation d'ordres illégaux ou même défectueux.

Aussi bien, la jurisprudence et les textes administratifs ont établi et développé ce concours en reconnaissant le droit aux intéressés de mettre en mouve-

ment, à l'occasion des agissements de l'administration, le contrôle hiérarchique formé devant l'autorité active compétente. Nous avons étudié précédemment le contrôle hiérarchique émané de la libre initiative du supérieur. Nous le retrouvons ici, sollicité par un recours des intéressés. Sa forme et ses effets, dans l'un et l'autre cas, sont très sensiblement les mêmes, et nous n'aurons à présenter d'observations que sur les points nouveaux dérivant de l'intervention des tiers et sur ceux où il pourra y avoir divergence.

Il faut bien distinguer, tout d'abord, le recours hiérarchique du recours contentieux. L'un met en mouvement la hiérarchie administrative, l'autre, la juridiction administrative, et ces deux organisations n'ont rien de commun. Le juge est obligé de statuer sur un recours contentieux. Le supérieur hiérarchique n'est pas juge au sens propre du mot ; il n'est pas obligé de statuer sur un recours hiérarchique, quoique cependant la loi du 17 juillet 1900 assimile son silence, au bout de quatre mois, à une décision de rejet.

Il faut aussi distinguer le recours hiérarchique du recours gracieux. Ce dernier est bien semblable au premier dans ses effets administratifs et dans son essence. Tous deux peuvent amener les mêmes annulations ou réformations ; et même, le recours gracieux sera sur ce dernier point plus étendu que le recours hiérarchique, puisqu'il n'y aura pas, à son égard, d'exceptions, comme il est très logique, attendu qu'il

ne peut aboutir à autre chose qu'à un examen d'une autorité administrative par elle-même.

Tous deux, en second lieu, sont purement administratifs ; mais la particularité du recours gracieux est qu'il n'éveille pas l'idée d'un contrôle. Il est bien plus une démarche ou une pétition qu'un recours proprement dit. Le recours gracieux, en effet, est adressé à une autorité pour lui demander de faire un acte nouveau, ou bien à l'autorité qui a fait un acte pour la prier de retirer elle-même son acte. Il ne peut pas être question, par conséquent, d'examen par un supérieur. Toutes les fois qu'une réclamation quelconque empruntera cette forme, soit que la partie réclamante la juge préférable, soit qu'elle ne puisse, par la force même des choses s'exercer autrement (par exemple, une demande adressée au ministre qui n'a pas de supérieur hiérarchique), il y aura emploi de la voie gracieuse.

Observons néanmoins que ce mode sauvegardera aussi énergiquement les intérêts des administrés et que ceux-ci, usant de la voie gracieuse, seront soumis aux mêmes conditions pour former leur demande et obtiendront le même résultat pratique que s'ils s'étaient engagés dans la voie hiérarchique. Par conséquent, les observations qui suivent s'appliquent à l'une et l'autre voie, tout au moins en ce qu'elles ont de commun.

a) *Mise en mouvement du contrôle hiérarchique.*
Capacité. — Lorsqu'une personne soumet une réclamation à la justice, il est nécessaire qu'elle satisfasse à

certaines conditions de capacité pour pouvoir introduire sa demande. Va-t-il en être de même dans notre matière ?

Le recours hiérarchique n'a rien de contentieux ; il est purement administratif. Il ne s'agit pas d'intenter une action en justice, mais de porter une simple plainte aux pouvoirs publics. Aucune condition spéciale ne doit être exigée. Toute personne douée du droit de pétition, ayant l'âge de raison et saine d'esprit, sans distinction d'âge, de sexe, d'état civil, de nationalité, aura une capacité suffisante pour former un recours hiérarchique. Toutefois, il est rationnel d'exiger du réclamant un certain intérêt ; cette exigence est posée par les textes eux-mêmes. (Décret des 25 mars 1852, art. 6, 13 avril 1864, art. 3. Loi du 10 août 1871, art. 88, al. 2. Loi du 5 avril 1884, art. 65 et 66, al. 3.)

Sans doute, il ne pourra pas s'agir ici de l'intérêt précis et spécial nécessaire pour intenter un recours contentieux. A cause du caractère administratif de notre recours et aussi pour donner au fonctionnement du concours des administrés avec l'administration toute l'ampleur désirable, il faudra entendre « l'existence d'un intérêt » dans son sens le plus large.

Certes, ce pourra bien être un intérêt pécuniaire, direct, personnel, mais aussi simplement un intérêt médiat, futur, même moral.

Le tiers redoutant l'exécution d'une circulaire quelconque interprétative ou impérative, se fondant sur un

intérêt personnel qu'il tient à sauvegarder pour l'avenir, même prétextant la répercussion possible des mesures projetées sur une situation qu'il montre, sans elles, pouvoir s'améliorer certainement ou se créer à son avantage, doit être considéré comme saisissant valablement le supérieur de sa plainte. (Conseil d'État, 2 mars 1888, D. 1889. 3. 68, note 1.)

Au reste, le supérieur hiérarchique, dans la plupart des cas pouvant agir d'office, ne s'embarrassera pas de la capacité ou de l'intérêt du réclamant et, malgré l'absence de qualité en la personne de ce dernier, il statuera tout de même.

b) *Procédure du recours hiérarchique.* — Il n'y a pas, à proprement parler, de véritable procédure dans ce recours. Une simple requête sur papier timbré sans aucune formalité de rédaction suffit. La décision du supérieur n'a pas besoin d'être motivée, puisqu'elle n'a rien de contentieux. Cependant, en pratique, dans les cas importants, elle pourra l'être sommairement et viser les textes à la façon des jugements administratifs. La seule difficulté qui pourrait surgir ici serait de savoir devant quelle autorité doit être portée la requête. Est-ce d'abord devant l'auteur même de l'instruction incriminée ? Peut-on agir directement auprès de l'autorité supérieure ? Dans le premier cas, le recours gracieux serait un prélude toujours nécessaire du recours hiérarchique. Dans le deuxième, il y aurait indépendance des

deux voies administratives, et l'intéressé aurait finalement le choix.

On a soutenu quelquefois le premier point de vue. (D. J. G. V. Règlement administratif, n° 16 et s., n° 92.) Cependant, on ne voit pas les motifs qui peuvent en justifier l'exigence. Tout ce que l'on peut invoquer en faveur de l'emploi préalable de la voie gracieuse, c'est qu'il y a là, souvent, un moyen pratique, commode pour dispenser de pousser la procédure plus loin. Mais il ne saurait constituer une règle. Toutes les fois que le contrôle hiérarchique peut s'exercer, le réclamant a le droit de le mettre en mouvement sans le faire précéder d'une démarche gracieuse. Sa requête sera portée devant l'autorité immédiatement supérieure, avec faculté de remonter par échelons jusqu'au ministre. Et nous ne voyons pas non plus qu'il soit théoriquement impossible de recourir, *omisso medio*, devant une autorité supérieure immédiate. Le contrôle d'office pouvant s'exercer sans l'intervention des intermédiaires sur les degrés inférieurs de la hiérarchie, conservera forcément cette faculté lorsqu'il interviendra sur la plainte d'un tiers. Celle-ci ne peut avoir pour effet de l'amoindrir puisque la logique et les textes proclament le contraire.

Cependant, en pratique, pour obtenir une réponse plus prompte, le tiers fera bien de s'adresser au supérieur immédiat d'abord. Ce dernier sera plus au courant et plus vite documenté que le ministre par exemple,

absorbé par d'autres soucis et mal placé pour une décision rapide.

c) *Délais.* — Le contrôle et la responsabilité du supérieur doivent trouver leur place tant que l'acte subsiste. Il ne peut donc y avoir, en principe, un délai dont l'expiration empêchera le recours hiérarchique car ce serait paralyser, au bout d'un temps fixé, le devoir de direction de l'administration. On ne pourra pas étendre, par analogie, à notre matière, le délai de deux mois fixé par la loi du 13 avril 1900, article 24 abrogeant l'article 11 du décret du 22 juillet 1806, car ce texte s'applique uniquement au recours devant le Conseil d'Etat, recours qui n'a rien de commun avec celui que nous envisageons ensuite, parce que d'autres textes proclament le devoir, pour les administrés, de collaborer aussi largement que possible à la bonne marche de l'administration en signalant à celle-ci, par leurs réclamations, les réformes désirables. Cès administrés ne peuvent vraiment prétendre avoir une opinion presque immédiate sur des situations nouvelles créées par l'administration. Ils ont besoin d'un certain temps d'essai pour être à même de formuler une critique. Leur imposer une réflexion de deux mois sans aucun prolongement possible, reviendrait à leur demander un jugement hâtif, bien peu sûr, pouvant induire en erreur les autorités administratives et manifestement inconciliables avec l'esprit des textes que nous avons en vue. (Décrets des 25 mars 1852 et 13 avril 1861.).

Ces considérations sont très générales et s'appliquent à la mise en mouvement du contrôle hiérarchique sur tous les actes qui en relèvent. Mais il est certain que les nécessités pratiques, lorsqu'il s'agira d'instructions, imposeront aux intéressés l'obligation d'agir pendant une certaine période ; non point qu'ils ne puissent le faire au delà de sa limite, mais seulement parce qu'ils n'interviendraient pas utilement. L'instruction prévoit, ordonne et si l'on veut empêcher ses effets, il faudra bien évidemment réclamer avant qu'ils se soient produits. Or, ceux-ci interviennent assez tôt, ils suivent d'assez près l'acte qui leur donne naissance. Par suite, l'action utile des tiers ne pourra se placer qu'entre l'apparition de l'ordre et l'imminence de sa réalisation. Que si celle-ci est accomplie, il vaudra bien mieux l'attaquer elle-même, car elle constituera une décision exécutoire d'une valeur objective bien supérieure à celle de l'injonction. La possibilité théorique de recourir hiérarchiquement contre l'acte de direction subsistera bien, mais elle sera probablement de nul effet. D'abord le supérieur, en admettant qu'il annulât une circulaire appliquée, ne ferait rien d'utile à l'égard d'une situation déjà réglée par une décision, car cette décision ne pourrait sombrer sur la disparition de l'ordre qui l'a faite éclore. Il devrait s'en prendre à la décision elle-même, ce qu'il ne fera pas, étant en droit de supposer que le réclamant ne désire éviter que les effets à venir et s'accommode des applications pas-

sées ; ensuite, ce réclamant lui-même pourra laisser passer les délais du recours contentieux et se trouver finalement sans défense devant une mesure qu'il aurait dû attaquer directement de prime abord.

d) *Fins de non-recevoir*. — Il suffit de se rappeler, d'une part comment est entendue la capacité du réclamant, de constater l'absence de procédure et de délais dans notre recours ; d'autre part, d'examiner l'étendue du contrôle du supérieur, pour conclure qu'il ne peut pas être question, dans la voie hiérarchique, de fins de non-recevoir :

- 1° à raison de la nature de l'acte ;
- 2° de la qualité de la partie ;
- 3° des formes et des délais.

Reste la question de l'existence d'un recours parallèle. Une autre manière de faire valoir ses droits, empêche-t-elle la partie de porter sa plainte devant le supérieur hiérarchique ?

Nous croyons qu'il convient de voir, dans notre matière, une situation justement contraire à celle du recours pour excès de pouvoir et d'admettre, par conséquent, la solution opposée. La fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle fut admise par le Conseil d'État dans la procédure contentieuse, par crainte de se voir accusé d'un retour à la pratique des évocations, et aussi pour ne pas réunir en ses mains la totalité du contentieux administratif. Le Conseil attei-

gnit ce but en considérant le recours pour excès de pouvoir comme un *ultimum subsidium*.

Cette doctrine, très critiquable dans son application à la voie contentieuse (1), est tout à fait inadmissible lorsqu'il s'agit de la voie hiérarchique.

M. Perreau dit très bien à ce sujet : « Loin de craindre l'abus des évocations, on doit souhaiter que les supérieurs assurent le contrôle le plus constant, la surveillance la plus large sur leurs subordonnés ; cette mission leur est précisément déférée par la loi de la façon la plus entière, rien n'indique dans son esprit qu'il y ait une restriction quelconque à ce sujet. Or, les intéressés constitueront un très puissant auxiliaire pour les supérieurs dans leurs fonctions de contrôle en leur signalant les abus ou les erreurs qui auraient pu échapper à leur vigilance. L'ordre public y est engagé ; il est donc rationnel de ne pas apporter de restriction au droit de recours hiérarchique, à moins d'un texte formel. Ici, loin de rencontrer des textes interdisant le

1. En effet :

1^o Les lois de 1790 et de 1872 donnent au recours pour excès de pouvoir un caractère général et principal.

2^o Il est impossible d'imposer une fin de non-recevoir à une action par suite de l'existence d'une autre action tendant au même but Exemple Modalités de l'action en dommages-intérêts, intentée par la victime d'un délit.

3^o Le recours pour excès de pouvoir ne peut pas faire double emploi avec les autres recours. Il a des effets *erga omnes*, les autres, seulement *inter partes*.

cumul du recours hiérarchique avec un autre, nous en possédons au contraire qui consacrent expressément ce cumul, par exemple, la loi du 10 août 1871, art. 88. »

Il suit de là qu'un recours quelconque peut se cumuler avec la réclamation hiérarchique. Décider le contraire serait priver les particuliers, dans toutes les hypothèses, du droit de porter leurs plaintes devant les autorités administratives, puisque le recours pour excès de pouvoir est ouvert, en l'absence de tout autre recours, contre tout acte administratif. Ce résultat serait manifestement contraire à tous les textes qui admettent au profit des administrés la voie gracieuse, sans exclure pour cela les voies contentieuses. Ce principe certain trouvera son application toutes les fois que, sur une matière contentieuse, un recours contentieux ayant été formé ou étant possible, il deviendra utile de recourir postérieurement à la voie hiérarchique, comme par exemple dans le cas d'une délibération injurieuse annulée que la partie lésée voudra faire bâtonner. Mais peut-on concevoir que la difficulté s'élève lorsqu'il s'agira d'un acte impuissant par lui-même à susciter un examen contentieux, par exemple : des mises en demeure, des mesures préparatoires qui ne font pas encore grief, des actes d'exécution qui n'ajoutent aucune prétention de droit aux décisions antérieures en vertu desquelles ils interviennent, enfin et surtout des instructions ? Certainement, dans ces divers cas, la question ne pourra pas se poser, parce que les particuliers n'auront contre

ces actes que la possibilité d'un recours hiérarchique. Cependant, nous verrons qu'il n'est peut-être pas toujours impossible, quoique ce le soit très généralement, de diriger contre les instructions administratives une procédure contentieuse.

e) *Effets et étendue du contrôle hiérarchique.* — Les effets du contrôle hiérarchique sur recours sont les mêmes que ceux dérivés du contrôle d'office. Le supérieur conserve aussi largement le droit d'annulation et de réformation des circulaires de ses subordonnés. Quant à l'étendue de notre contrôle, elle est élargie. D'office, le supérieur ne pouvait envisager l'opportunité d'une instruction ; sur recours, il pourra le faire. Nous en avons déjà exposé les motifs.

f.) *Recours contre les décisions du supérieur hiérarchique.* — 1° *Recours gracieux.* — Le particulier qui croit devoir être lésé par la réalisation des ordres d'un administrateur peut porter une requête gracieuse devant celui-ci. Il peut même adresser une requête hiérarchique au supérieur de l'auteur de la décision s'il en a un. Dans ce cas, il y aura superposition de la voie gracieuse et de la voie hiérarchique.

2° *Recours contentieux.* — Pour qu'il y ait possibilité de former un recours contentieux, il faut bien évidemment qu'une atmosphère favorable à l'éclosion de ce contentieux soit créée. L'examen critique du supérieur suffit-il à l'établir ? Il importerait pour cela que la décision hiérarchique prise par la voie d'autorité fût

exécutoire et susceptible de faire grief. Or, un acte de contrôle, dans notre matière, nous paraît absolument impuissant à revêtir ce caractère. Il est possible de prévoir trois hypothèses :

L'annulation, la confirmation, ou la réformation de l'instruction.

Annuler ou confirmer une mesure non susceptible de faire grief ne peut constituer précisément un grief. Cela peut aboutir uniquement à détruire ou laisser subsister une possibilité et rien qu'une possibilité de modification des droits des particuliers. Cela ne peut pas transformer une situation future en une situation présente. Dire qu'il est convenable que telle décision exécutoire soit prise ou ne soit pas prise dans l'avenir, n'est pas dire qu'elle existe ou n'existe pas à l'instant. Si l'acte ordonné ne doit pas prendre naissance, pas de violation de droits acquis possible puisque le contrôle ne créera rien de nouveau, et si l'ordre est purement et simplement maintenu, lui seul devra être considéré. L'examen du supérieur n'aura pu lui donner une force exécutoire qu'il n'avait pas tout en lui laissant son caractère antérieur de mesure préparatoire.

Réformer une mesure non susceptible de faire grief ne peut pareillement constituer un grief. Avant la décision du supérieur, il existait une certaine situation de fait exclusive de rapports juridiques entre les administrés et l'administration. Après cette même décision,

il existera une certaine autre situation de fait ayant en partie conservé ses anciennes tendances, s'en étant en partie adjointe de nouvelles et toujours exclusive de rapports juridiques entre les administrés et l'administration. Le supérieur aura modifié un acte de direction dont les termes sont non opposables aux tiers, en substituant à quelques-uns de ceux-ci quelques autres de même nature. Quoique le sens dans lequel cet acte s'exercera désormais puisse être différent, il n'empêche que la force à laquelle il obéira sera toujours le seul pouvoir de direction, impuissant à atteindre par lui-même les droits des particuliers. Peu importe que le supérieur notifie sa décision à ceux-ci ; cela ne créera pas le fait nouveau nécessaire pour établir la situation légale procédant du rapport direct du réclamant et de l'acte exécutoire.

Le recours pour excès de pouvoir ne pourrait donc se concevoir, prenant naissance par l'effet du recours hiérarchique, que si l'examen du supérieur était capable de créer une situation juridique nouvelle.

A la vérité, les décisions rendues sur recours hiérarchique peuvent avoir cet effet dans un certain nombre de cas. Elles créent un contentieux qui n'existait pas, le plus souvent, contre l'acte de l'agent primitif. Ceci se produira pour les mesures d'exécution qui ne sont pas elles-mêmes des actes administratifs, par exemple, l'ordre d'un agent voyer intimé à un propriétaire d'avoir à couper une haie, l'avertissement envoyé par le per-

cepteur au contribuable, et en général, toutes les prétentions émises par les nombreux agents d'exécution avec lesquels le public se trouve en contact, agents des régies financières, agents de police même.

L'acte administratif est celui en vertu duquel ces prétentions se manifestent. Cependant, il peut y avoir des cas douteux. Les mesures d'exécution rentrent-elles bien dans les termes de la décision qui les ordonne ? Sont-elles, elles-mêmes, plus qu'une simple exécution et peut-on considérer qu'elles produisent un effet de droit ? Quoi qu'il en soit, on pourra les transformer en un acte d'administration évident en formant un recours hiérarchique contre elles. La modification de la situation antérieure par l'effet de la voie hiérarchique se déduira de ce que l'administration a exercé sur l'acte son contrôle au point de vue du droit et que, par là, elle « a élevé le fait qu'il contenait forcément à la dignité d'une décision juridique... Si l'acte est confirmé par le supérieur, il devient en effet une décision de fond, ce n'était peut être auparavant qu'une mesure d'exécution, c'est maintenant une décision de fond » (Hauriou).

On voit parfaitement pour ces actes la possibilité d'une telle transformation par suite de l'examen de l'administration. Ils s'adressent directement aux particuliers sans besoin d'aucun intermédiaire, mais la tendance juridique à modifier une situation antérieure leur est fournie par une force extrinsèque, celle de la décision exécutoire. Cette force vient-elle à être douteuse

au point qu'il soit besoin de la faire préciser par l'administration, le supérieur, en confirmant les mesures de l'agent d'exécution, leur incorporera la seule condition qui leur manquait pour faire juridiquement grief : la tendance à produire un effet de droit. Désormais, cette possibilité sera pour eux une force intrinsèque.

En ce qui concerne les instructions, au contraire, il existe deux vices irrémédiables qui empêchent la transformation dont nous venons de parler :

1° Leur caractère de mesures de direction qui ne leur permet que de s'adresser indirectement aux particuliers, toujours par l'intermédiaire de la décision exécutoire ;

2° L'impossibilité de muer ce caractère en un rapport juridique direct par un recours hiérarchique.

B. — *Recours contentieux*. — L'instruction administrative est un acte de pure administration pris par la voie d'autorité.

Alors même qu'il interviendrait dans une situation de gestion publique, il ne pourrait se projeter dans le domaine du monde extérieur et conserverait son caractère de pur commandement, de simple résolution (1).

Par conséquent, nous ne devons examiner la possibilité de la création d'un contentieux qu'en ce qui regarde les recours en annulation et en interprétation :

1. Le recours formé contre une circulaire par laquelle le ministre donne des instructions sur le mode d'exécution d'un marché de fourniture.

recours pour excès de pouvoir, recours en appréciation de validité, recours en interprétation.

a) *Recours pour excès de pouvoir.* — Nous avons eu souvent l'occasion de montrer que ce recours ne pouvait pas être dirigé contre l'instruction administrative. Sa recevabilité se heurte à deux fins de non-recevoir.

La première, tirée de la nature de l'acte :

Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre *une décision administrative exécutoire et susceptible de faire grief.*

La deuxième, corollaire de la précédente, tirée de la qualité de la partie :

Il faut qu'il existe une situation légale que l'acte attaqué ait la puissance de modifier, créant ainsi un intérêt direct et personnel au réclamant pour en poursuivre l'annulation. Or, l'instruction ne modifie par elle-même aucune situation légale et ne s'adresse pas aux particuliers.

res n'est pas recevable. Ladite circulaire ne constitue pas une décision et elle ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur des droits du soumissionnaire quant aux contestations auxquelles son application pourra donner lieu. (Conseil d'État, 7 janvier 1869. D.P. 70.3.6.)

Donc, une circulaire n'exécute pas un service public. Elle n'est que l'expression de la volonté de l'administration sur les manières à employer. D'autre part, cette volonté rentre dans la catégorie des actes d'autorité avec ce correctif qu'elle ne s'adresse pas, comme le plus souvent, directement aux tiers.

Sur les modalités de la volonté dans les actes de puissance publique et de gestion : Hauriou, note sur *Zweck im Recht* de Ihering. *Dr. Administr.* p. 204.

Pour admettre, dans certains cas, l'existence d'une procédure d'excès de pouvoir, il faudrait que l'instruction, pour ces cas, se fût transformée en un acte susceptible d'atteindre les tiers sans besoin de l'intermédiaire de la décision exécutoire et de modifier par sa seule force leur situation légale. Mais alors, il serait impossible de voir là une mesure émanée du pouvoir de direction, puisqu'elle n'en aurait aucune des caractéristiques. On serait en présence d'une décision exécutoire improprement qualifiée « instruction » et on n'aurait pas prouvé que le recours pour excès de pouvoir peut atteindre la circulaire.

La question, pour avoir un sens, doit se poser ainsi : peut-on concevoir le recours pour excès de pouvoir dirigé contre une instruction administrative ayant conservé sa nature déterminante ? A première vue, pour les raisons que nous avons maintes fois exposées, il apparaît certainement que non. Aussi bien, cela est-il vrai pour tous les cas.

Les exceptions que l'on pourrait relever ne sont qu'apparentes. Par exemple, une circulaire fait l'application individuelle précise à un particulier déterminé d'une mesure générale. Sur ce point, elle devient une décision, puisqu'elle statue elle-même et fait grief direct au tiers, puisqu'elle le vise personnellement et actuellement ; sur ce point, elle ne laisse pas de place à une décision exécutoire postérieure, et les mesures qui pourront intervenir ne seront pas des mesures de fond

mais de simples actes d'exécution ; sur ce point enfin, elle a changé de nature : c'est une décision exécutoire glissée dans une instruction.

Par conséquent, étant donnée la conception actuelle du recours pour excès de pouvoir, il y a impossibilité à concevoir qu'une instruction administrative restant vraiment elle-même, puisse, quelles que soient les circonstances, justifier ce recours.

Le Conseil d'État a eu l'occasion d'affirmer maintes fois cette théorie en rejetant de nombreuses requêtes dirigées contre des circulaires administratives.

Il a été décidé par exemple qu'un recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable : contre une dépêche par laquelle le ministre des Travaux publics adresse au préfet des instructions au sujet de l'interprétation qu'il entend donner à un article du cahier des charges d'une concession. (Conseil d'État, 30 mai 1884. D. P. 86, p. 477.)

Contre une circulaire par laquelle le ministre donne des instructions sur le mode d'exécution d'un marché de fournitures. (Conseil d'État, 7 janvier 1869. D. P., 70.3. 6) (1).

Cependant, il est permis de se demander s'il ne serait pas bon que le Conseil d'État fassé fléchir, en faveur

1. Et parmi les arrêts déjà cités :

Conseil d'État, 15 juillet 1832, Abat contre ministre des Finances.

Conseil d'État, 26 février 1842, commune Rouvres contre ministre des Finances.

de certaines situations toutes spéciales, la rigueur des principes qui, en notre matière, sont pour une grande part son œuvre propre. Très souvent, une instruction administrative, surtout lorsqu'elle interviendra à l'occasion d'une mesure à prendre dans l'exécution d'une opération de gestion publique, constituera un grief personnel et presque direct. Dans la voie de gestion, l'administré se présente comme le collaborateur de la puissance publique. Il pose ses droits en regard de ceux de l'administration. Il prétend à une réciprocité d'obligations. Dès lors, n'est-il pas tout particulièrement bien placé pour réclamer contre les ordres qui vont modifier des rapports qu'il croyait avoir un sens bien précis. Sans doute, il aura la faculté de contester la régularité du changement accompli, d'établir le préjudice à lui fait, de demander une indemnité. Mais n'a-t-il pas de plus un intérêt puissant à éviter que ce changement s'opère alors qu'il connaît, d'une part, la certitude d'exécution de l'ordre, et, d'autre part, qu'il se sait personnellement visé ! Que manque-t-il à cet intérêt pour qu'il puisse s'affirmer dans une procédure contentieuse ? Simplement qu'il procède d'une situation légale actuellement modifiée, car il ne peut prétendre qu'à la certitude d'une imminente modification. S'il est en fait, aussi intéressant, ne devrait-il pas être, en droit aussi légitime ?

Le Conseil d'État qui, avec la loi des 7-14 octobre 1790 et le décret de novembre 1864, a édifié les

cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, s'est attaché, depuis la loi du 24 novembre 1872, à en développer la recevabilité. Du côté des actes, il a progressivement réduit le nombre des mesures discrétionnaires. Du côté des réclamants, il a élargi de plus en plus les catégories de gens ayant *intérêt légitime* à attaquer l'acte et l'arrêt Casanova (29 mars 1901. S. 1901. 3. 73) a marqué une étape très importante de cette évolution.

Désormais, le contribuable, l'habitant, a un intérêt légitime à contester une décision illégale d'un conseil municipal qui engage les finances de la commune, bien que ce contribuable ait pris la décision lui-même par l'intermédiaire de ses représentants élus. Il est souhaitable de réclamer pour le particulier en état de gestion publique avec l'administration, le même intérêt légitime à contester l'ordre supérieur qui enjoindra d'interpréter d'une façon illégale la situation particulière, précise, déjà établie, de ses rapports avec la puissance publique. Un auteur a pu dire que la jurisprudence du Conseil d'État est une sorte de juridiction prétorienne qui crée le droit en le faisant pénétrer dans des régions nouvelles. Il est désirable de voir s'étendre de plus en plus ces régions et d'y voir compris même le pouvoir de direction hiérarchique, tout au moins lorsqu'il décide une marche à suivre à l'égard d'un particulier déterminé qui se trouve dans un rapport déjà établi avec l'administration.

Au sujet de la question posée par la procédure Casanova, on s'est souvenu « que les recours en annulation sont des moyens d'introspection, que l'administration, par eux, fait son examen de conscience, qu'il n'y a que des avantages à augmenter le nombre des intéressés qualifiés pour provoquer cet examen de conscience, et que, dès lors, il n'y a pas à argumenter de ce que les réclamants sont, en un certain sens, participants de l'acte. » (Hauriou et Sirey note sous l'arrêt cité.) Appliquant les mêmes raisons de moralité administrative, on ne devrait pas argumenter de ce qu'une injonction modifie un état de droit existant, seulement par un choc en retour.

D'ailleurs, la question de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre l'instruction administrative devrait être examinée en partant de ce fait que notre recours avant de devenir contentieux a commencé par être purement gracieux (1).

La nature primitivement hiérarchique et gracieuse de ce recours a persisté d'une certaine façon en ce que de même qu'à son début, il est actuellement considéré

1. On a fait remarquer avec une grande force (*principes dominants du contentieux administratif* M. Jacquelin) que parti de la forme hiérarchique avec la loi des 7-14 octobre 1790, le recours pour excès de pouvoir n'a pu être traité comme une véritable demande contentieuse qu'à la faveur de la confusion des fonctions administratives et juridictionnelles du Conseil d'État. Ce dernier, en tant que juge, a pu poser des règles de droit, qu'administrateur appréciant hiérarchiquement, il a opposées aux réclamations gracieuses qu'on formulait à sa barre.

Du moment qu'il confectionnait lui-même les règles, il lui était pos-

comme un moyen de bonne administration et non comme une possibilité de faire valoir les droits des administrés. C'est une voie de nullité objective qui a pour but d'assurer la bonne administration en soumettant à la légalité les actes de la puissance publique.

On aperçoit tout de suite que l'instruction, mode en l'absence duquel les services publics fonctionneraient très mal si toutefois ils pouvaient fonctionner, est précisément un des rouages les plus importants de l'activité administrative et que, de ce chef, elle devrait au plus haut degré supporter les sanctions d'une procédure qui se propose uniquement de régler cette activité.

La nature de l'instruction ne répugnant pas, mais bien au contraire s'adaptant d'une façon parfaite à la pensée directrice du recours pour excès de pouvoir, quelles

sibles de les faire fléchir ou de les modifier de façon à faire pénétrer le droit dans des régions nouvelles.

Plus grande a été la confusion des fonctions administratives et judiciaires au sein du Conseil d'État, plus étendu et facile a été l'exercice du recours pour excès de pouvoir, parce que l'administration active, juge dans sa propre cause, n'avait aucun empiétement à craindre et n'était nullement gênée pour protéger les actes qu'il lui plaisait, en affirmant leur caractère discrétionnaire.

Avec la loi du 24 mai 1872, les liens de dépendance qui rattachaient le Conseil d'État au pouvoir exécutif ont été relâchés et, conséquence naturelle, la Cour suprême administrative prit d'une façon plus précise la physionomie d'un juge et les règles déjà posées une plus grande tendance à l'immutabilité en même temps qu'une valeur de principes juridiques. Désormais il y eut véritable contentieux, puisqu'il s'agissait d'une contestation pouvant être tranchée par une solution de droit.

sont les raisons qui font écarter une demande fondée sur l'existence de cette même instruction ?

D'abord, dit-on, l'instruction ne peut faire elle-même un grief direct.

Ensuite, comme conséquence, le réclamant ne peut avoir un intérêt direct et personnel à l'attaquer en nullité.

Dans les hypothèses spéciales de gestion que nous avons envisagées, et d'une façon générale toutes les fois qu'il y a situation ou droits acquis vis-à-vis de l'administration, l'intérêt du réclamant serait bien personnel puisqu'il procéderait d'une certaine situation déjà établie de collaboration ou de rapports avec la puissance publique. Mais, à la vérité, l'intérêt ne serait pas direct juridiquement puisque l'annulation de l'instruction ne procurerait pas une satisfaction immédiate au réclamant, cette annulation n'entraînant pas en effet le redressement immédiat d'un rapport juridique déjà faussé, mais empêchant seulement ce rapport d'être tel dans un temps plus ou moins prochain.

Au surplus, l'intérêt personnel ne saurait devenir direct que si l'instruction était susceptible de faire par elle-même et actuellement grief.

Cependant il n'est pas impossible, au point de vue théorique, de faire entrer les instructions que nous avons en vue dans la catégorie des actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

En effet, il convient de considérer que l'instruction

possède bien une force exécutoire particulière; non pas celle qui consiste à modifier une situation juridique, mais celle qui est capable de susciter la décision qui la modifiera. Ces deux forces ne sont point inégales en puissance ; elles sont seulement différentes quant à leur point d'application. L'une régit directement le commerce juridique, l'autre donne naissance à l'expression légale qui le régira.

Dès lors, il suffit de remarquer que le système d'inspection du recours pour excès de pouvoir, par son essence même est général, qu'il doit s'appliquer à toute mesure capable de conditionner les rapports de l'administration avec les administrés ayant déjà acquis une situation juridique vis-à-vis d'elle, pour admettre l'ordre administratif à la critique du recours contentieux.

Du même coup, le principe reconnu, l'intérêt du réclamant devient juridiquement direct. Auparavant, il était seulement direct en fait parce que l'annulation de l'ordre ne pouvait procurer qu'une satisfaction de fait, la détente de la force exécutoire de l'instruction ne s'étant pas encore répercutée, maintenant, il l'est juridiquement parce que cette détente prise en elle-même et isolée de son résultat a acquis à l'égard du réclamant une valeur de droit (1).

1. La violation d'une instruction pouvant finalement aboutir à léser les droits ou les intérêts d'un administré peut-elle engendrer le recours pour excès de pouvoir ?

On répond négativement, toujours en vertu de l'idée que les circu-

b) *Recours en appréciation de validité et recours en interprétation.* — La nécessité d'examiner un acte administratif quelconque pour en apprécier la légalité si elle apparaît douteuse, pour en fixer le sens s'il est obscur, peut se poser à l'occasion d'un litige né, actuel et dont la solution dépend de cet examen préjudiciel... On aurait certainement pu en confier le soin au tribunal chargé de statuer au fond, en vertu de la règle *accessorium sequitur principale*. Mais, par application du principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il est admis en droit administratif, on a décidé que la compétence serait exclusivement réservée à l'administration, soit dans sa branche active, soit dans sa

lares ne sont pas opposables aux administrés. Cependant, la conception théorique de la valeur de droit des instructions, au moins dans certains cas, n'est peut-être pas irréalisable en pratique avec le développement encore très probable du recours pour excès de pouvoir. Ce progrès accompli, on serait tenté de reconnaître que la violation tout comme la naissance d'une circulaire peut légitimer l'action contentieuse des administrés lésés. Toutefois cette action ne saurait être intentée que du point de vue de la quatrième ouverture.

Or, il y a d'excellentes raisons de penser que le recours pour excès de pouvoir, même dans sa quatrième ouverture, est une voie de nullité objective basée uniquement au fond sur la violation de la loi, celle des droits acquis étant une simple condition de recevabilité. (Conseil d'État, Ville d'Avignon, 8 décembre 1879.) (Dans ce sens : Duguít. *L'État, le droit objectif...*, p. 503 et suiv. *Contra* : J. Barthélemy. *Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés.*) Dès lors pour que notre recours soit possible, il faudrait que les circulaires soient universelles comme la loi. Bien au contraire elles sont essentiellement relatives à un département ministériel. (Cf. Barthélemy, *op. cit.*, p. 169.)

branche juridictionnelle. (Cass. Ch. réunies, 16 mai 1893, *Revue d'administration*, août 1893.)

Finalement, la juridiction administrative a mission d'interpréter tous les actes administratifs, excepté ceux qui ne sont qu'un élément d'un contentieux de pleine juridiction attribué au juge du fond par la loi.

α. — *Naissance du contentieux de l'interprétation.*

— Pour que le contentieux de l'interprétation puisse prendre naissance, il faut que certaines conditions se trouvent réunies :

1^o D'abord, l'existence d'un litige. Une partie ne pourrait pas demander directement par voie principale l'interprétation d'un acte administratif. Ce ne peut être, dit M. Laferrière, qu'un moyen à l'appui de conclusions prises dans une instance déterminée. Cette règle a sa source dans la nécessité de justifier d'un intérêt pour intenter une action et cet intérêt ne peut se concevoir que résidant dans le fait d'un litige né et actuel. L'expression, toutefois, doit être entendue dans un sens très large. L'appréciation et l'interprétation d'un acte administratif peuvent être rendues nécessaires pour permettre l'établissement d'une décision administrative. Dans ce cas, le Conseil d'État admet que la demande peut être formée, soit par les parties, soit d'office par le ministre, et assimile du même coup l'instance purement administrative à un litige véritable porté devant un tribunal. A part la possibilité de cette assimilation, notre règle doit recevoir une application

absolue. Cependant, on a cherché à établir une exception en se fondant sur l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII et un décret de 1809 : Dans un marché de travaux publics, les parties pourraient être exceptionnellement admises, par des dispositions de leurs cahiers des charges ou de la loi, à demander *de plano* l'interprétation des clauses sur lesquelles elles se trouveraient en désaccord avec l'administration. Le Conseil d'État a toujours refusé d'admettre une telle interprétation de la loi de pluviôse et du décret de 1809. (Arrêt Grimoult, 16 juin 1882.)

2° Un acte administratif dont le sens est obscur ou qui peut paraître illégal.

Cette deuxième condition se justifie d'elle-même. Si l'administration se réserve le droit d'apprécier un des éléments d'une instance générale, cet élément ne doit être qu'un acte revêtu du caractère spécial administratif. Les instructions font certainement partie de ces actes, et sont susceptibles de soulever par conséquent un contentieux de l'interprétation. Il faudrait néanmoins se garder de croire qu'elles ont toutes ce pouvoir. Sans aucun doute, il faut mettre de côté les circulaires interprétatives des lois, règlements et décisions administratives. Celles-ci exposent seulement la pensée d'une autorité active et ne peuvent lier les tribunaux, tant administratifs que judiciaires, qui demeurent complètement maîtres d'interpréter les divers statuts légaux d'après leurs lumières propres. Une question de vali-

dité ne peut même se poser à l'égard de telles circulaires, puisque, aussi bien pour les diverses juridictions que pour les particuliers, elles n'ont aucune force exécutoire. Ainsi, l'on ne doit pas s'embarrasser de leur teneur pour trancher une difficulté relative à l'application d'une loi ou d'un règlement. Le demandeur ne peut pas plus contraindre l'administration à fixer leur sens pour favoriser sa thèse que le défendeur pour légitimer la sienne. A l'égard des parties et à l'égard des juges, elles ne sont pas des actes administratifs ayant une valeur, la considération étant faite du point de vue de l'autorité des instructions interprétatives en face des dispositions légales.

Mais il en est tout autrement lorsqu'il s'agit d'une circulaire impérative, d'un ordre donné à un agent subalterne et qui s'est traduit par une décision ayant fait grief à un particulier. Pour en découvrir l'auteur responsable, il faudra, de toute évidence, apprécier la validité de l'ordre, interpréter l'injonction. Le subordonné doit-il être considéré comme couvert et le supérieur comme seul responsable ? N'y a-t-il pas cumul de responsabilité ?

D'autre part, c'est dans une situation de gestion que la plupart du temps sera intervenue la pensée directrice de l'opération. Il n'y aura pas de textes spéciaux qui eussent pu la réglementer. Elle procédera uniquement des prérogatives de la puissance exécutive conditionnée, mais jusqu'à un certain point de moralité, par des

dispositions légales très générales. De ce fait, elle aura acquis une grande importance, puisqu'elle s'affirmera comme une pénétration de la fonction gouvernementale dans l'administration.

Ainsi, sous cette forme et dans certains cas, l'instruction sera devenue un acte administratif d'une grande valeur. On ne pourra plus, comme tout à l'heure, la méconnaître, ou même seulement l'ignorer. Elle fera aussi bien obstacle au jugement des tribunaux qu'aux conclusions des parties et, si l'on veut en tirer une conséquence, il faudra que l'administration elle-même, sauvegardant ainsi sa liberté d'initiative, le déclare possible.

Dans plusieurs circonstances, le tribunal des conflits et les juridictions ordinaires ont eu l'occasion d'affirmer ces principes.

Il a été décidé que : 1° « Les instructions par lesquelles un fonctionnaire se borne à transmettre à ses subordonnés une décision prise par le ministre dans l'exercice de ses pouvoirs et à leur prescrire de l'exécuter, participent du caractère administratif de cette décision ; que, par suite, dans le cas où ces instructions sont le seul lien qui rattache ce fonctionnaire aux faits d'exécution accomplis en son absence par l'agent auquel elles ont été adressées, l'autorité judiciaire est incompétente pour connaître d'une action en dommages-intérêts intentée contre ledit fonctionnaire à raison de ces faits

d'exécution. » (Conflits, 22 avril 1882, Soleillet, contre général Brière de Lisle) (1).

2° Les instructions données par le commandant d'un

1. Soleillet, chargé de la mission d'étudier un projet de chemin de fer transsaharien, fut relevé de ses fonctions par une décision du ministre des Travaux publics qui lui enjoignait de remettre au service des douanes les objets qu'il avait achetés, d'arrêter les comptes, et de rembourser immédiatement la partie non employée des crédits. Cette décision fut transmise avec instructions par le ministre de la Marine au Gouverneur du Sénégal qui fit parvenir un télégramme à une autorité locale qu'il chargeait du soin d'exécuter ces mesures. Un an plus tard, Soleillet assigna le gouverneur devant le tribunal civil de la Seine, à raison des actes personnels arbitraires et entachés d'excès de pouvoir qu'il avait commis contre lui. Sur arrêté de conflits, le Tribunal des Conflits statua :

Considérant : « Que la décision du ministre des Travaux publics et les instructions du ministre de la Marine agissant légalement l'un et l'autre dans les limites de leurs pouvoirs sont des actes administratifs. Qu'il en est de même du télégramme en date du 18 novembre 1880 par lequel le Gouverneur du Sénégal donnait au Commandant du Haut-Fleuve à Médine des ordres ayant pour objet d'en assurer l'exécution. Qu'il résulte des pièces produites que ce télégramme, exactement conforme aux instructions du ministre de la Marine, qui participe ainsi du caractère administratif appartenant à ces dernières, constitue le seul lien qui rattache...

« Considérant que le tribunal civil de la Seine n'aurait pu statuer sur la demande dirigée contre le gouverneur qu'en *interprétant* et en *appréciant* le télégramme du 18 novembre 1880... »

La question qui se posait était de savoir si le gouverneur, dans les instructions à ses agents, avait outrepassé ses droits en prescrivant des mesures arbitraires et illégales. Si le fait avait été démontré, le tribunal des Conflits aurait dû déclarer qu'il y avait faute personnelle imputable au gouverneur et relevant de la compétence de l'autorité judiciaire (Tribunal des Conflits, 13 oct. 1879, D. 80. 3. 98. Réquillé contre Grimouz.)

S'il y avait eu un doute sérieux, l'arrêté des conflits aurait dû être confirmé *en tant seulement qu'il avait réservé à l'administration la solution de cette question préjudicielle*. (Conflits, 29 juillet 1876. D.P. 77. 3. 17.)

Dans notre espèce, les documents produits ne permettaient pas de contester que le gouverneur se fût conformé aux instructions parfaitement régulières du ministre.

corps de troupe à un médecin de ce corps, constituent des actes administratifs. Il en est ainsi, notamment, de l'interdiction faite à un médecin de donner des soins à un particulier jusqu'à ce que celui-ci se soit conformé à certaines formalités.

Même arrêt.

3° Il n'appartient pas à l'autorité judiciaire d'interpréter les ordres donnés par un fonctionnaire administratif à son subordonné, et notamment dans le cas où le préfet a déclaré qu'un sous-préfet a agi d'après ses instructions, le tribunal ne peut statuer sur des conclusions tendant à faire décider que le sous-préfet n'avait pas agi conformément aux dites instructions. Il lui appartient seulement de surseoir à toute décision jusqu'à ce que l'autorité administrative ait statué sur l'interprétation desdits actes, sur leur *régularité* ainsi que sur la question de savoir si le prévenu en a excédé les termes.

(Conflits, 15 novembre 1879, D. P. 80. 3. 95, Sicard contre Papinaud, sous-préfet de Prades).

4° Il appartient à l'autorité administrative de rechercher si l'administration ou ses agents ont agi dans la limite des instructions qu'ils ont reçues et quelle peut être la responsabilité de l'État en raisons des fautes commises dans un service public, notamment par les agents chargés d'assurer la perception de l'impôt sur les allumettes chimiques.

Contributions indirectes contre Brunet. Contribu-

tions indirectes contre Bailleul (Cassation Civ., 4 avril 1876 (deux arrêts). D. 77. 1. 69.)

5° Les tribunaux civils sont incompétents pour statuer sur l'action en dommages-intérêts formée contre un officier de l'armée par la veuve d'un individu qui avait été fusillé sur l'ordre de cet officier, au cours des opérations militaires exécutés pour la répression d'une insurrection. (Veuve Millière contre Garcin : Tribunal de Versailles, 6 août 1873. D. P. 76. 3. 64.)

Les motifs qui ont dicté cette dernière solution sont, à la vérité, très critiquables. Le tribunal de Versailles s'est déclaré incompétent et s'est dessaisi, parce qu'il ne voulait pas apprécier un acte de la fonction d'une autorité militaire. A un point de vue général, il devait simplement surseoir jusqu'à ce que le contentieux de l'interprétation ou de l'appréciation de validité ait abouti à un résultat et non décliner sa compétence.

Au point de vue spécial de l'espèce proposée, il devait retenir la cause et rejeter les conclusions du demandeur comme mal fondées parce que l'appréciation avait été faite : le ministre de la Guerre ayant, par une déclaration produite aux débats, dégagé la responsabilité de son subordonné.

§) *Procédure*. — D'une façon très générale, le contentieux qui nous occupe se présentera sous la forme d'une question préjudicielle devant un tribunal judiciaire. Le soin de faire préciser quelle autorité est compétente pour en connaître, appartient au préfet

en sa qualité de représentant du gouvernement d'après l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, article 6. Nous laisserons de côté le rôle de ce fonctionnaire en cette matière, d'abord parce qu'il n'intervient pas pour réclamer, au nom du droit, l'examen d'un acte dont le sens est obscur ou la validité douteuse, mais uniquement pour sauvegarder le principe de la séparation des juridictions ; parce qu'il met en mouvement, non le contentieux de l'interprétation, mais le contentieux des conflits, quoique cependant celui-ci puisse n'aboutir, en fin de compte, qu'à un examen interprétatif de l'acte ; ensuite parce que nous étudions seulement les mesures dirigées contre l'instruction par les particuliers, or, le préfet agit au nom du maintien de la compétence de la juridiction administrative contre un tribunal qui lui paraît la méconnaître.

Pour provoquer l'examen de l'instruction qu'il leur importe de voir appréciée, les parties pourront, avant tout débat, proposer une exception d'incompétence en ce qui concerne la solution de la question préjudicielle et demander au tribunal de rendre un jugement de sur-sis pour permettre à l'administration de se prononcer. Ce jugement rendu, une demande d'interprétation sera faite et les éclaircissements fournis serviront de base à la décision sur le fond du litige.

Cependant, le tribunal peut estimer qu'il n'y a pas de question préjudicielle à poser et repousser les conclusions des parties en affirmant sa compétence exclu-

sive. Dans ce cas, l'appel de ce jugement préparatoire n'étant possible qu'en conjointement avec la sentence définitive, les plaideurs ne pourraient dessaisir d'eux-mêmes les premiers juges. Ils ne pourraient pas davantage leur imposer la manière de voir de l'administration, en admettant que cette dernière sur leur recours l'ait établie, car elle n'a aucune prise sur les tribunaux ordinaires ; il n'y aurait qu'une espèce de conflit de fait. Force sera de susciter une volonté qui remplace le contentieux de l'interprétation dans son cadre naturel. Dès lors, l'intervention du préfet proposant un déclinatoire d'incompétence apparaîtra comme nécessaire. En pratique, cette intervention ne fera pas défaut, les préfets étant très nettement portés à réclamer en faveur de l'administration, non seulement dans les cas douteux, mais même dans ceux où la compétence judiciaire de droit commun n'est pas sérieusement contestable.

Quoi qu'il en soit, même si le préfet gardait le silence, les parties pourraient provoquer l'intervention de ce fonctionnaire sur un recours hiérarchique ou gracieux et acquérir ainsi la possibilité d'attaquer, le cas échéant, sa décision devant le Conseil d'État.

γ. — *Par qui l'examen de l'acte doit-il être fait ?*
— 1° Par le Conseil de préfecture dans les matières dont le contentieux lui est attribué par la loi : Baux de sources minérales de l'Etat, droits de place, arrêtés d'occupation temporaire, marchés de travaux publics.

Pour apprécier le bien-fondé d'un recours en indemnité tiré du préjudice résultant de l'exécution de certains travaux, le Conseil de préfecture aura peut-être à examiner un ordre administratif.

Voici, par exemple, un refus d'alignement, ou un refus de bâtir. Peut-il être considéré comme motivé par une opération de travaux publics, et, par suite, comme dommage résultant des travaux publics, ou bien comme une simple décision de police ne donnant droit à aucune indemnité ? La plupart du temps, ce refus aura été précédé d'instructions administratives qui en auront fixé la portée et les conditions. C'est dans l'examen de ces ordres qu'il faudra rechercher la solution du problème.

Conseil d'État, Ville de Paris contre dame Sanoner (S. 1902.3.44) :

« Considérant, dit le Conseil d'État, qu'il résulte de l'instruction que le retard apporté par le préfet de la Seine à délivrer à la dame Sanoner l'alignement de sa propriété *a pour cause l'étude de mesures relatives à l'exécution de travaux pour l'ouverture d'une voie nouvelle*, que c'est avec raison que le Conseil de préfecture a ordonné une expertise à l'effet de déterminer le préjudice et d'évaluer le montant de cette réparation... »

L'instruction à laquelle s'est livrée le Conseil de préfecture et après lui le Conseil d'État, consistait à découvrir la pensée de l'administration. Il est certain que le

meilleur moyen de découvrir cette pensée est d'examiner les ordres qu'elle donne aux agents d'exécution, de les interpréter et de les apprécier.

2^o Par le Conseil d'État sur appel de toutes les décisions en premier ressort. En premier et dernier ressort sur les actes du pouvoir exécutif, les actes anciens émanés du pouvoir royal avant 1789, les actes des souverains étrangers exerçant leur autorité sur des territoires devenus français, les actes de haute administration faits en forme de loi.

3^o Hormis les cas précédents, la désignation de l'autorité compétente découle de la règle : « *Ejus est interpretari* cujus est condere » et l'on doit s'adresser à l'autorité qui a fait l'acte. Lorsque c'est une autorité inférieure, on peut remonter, par des recours successifs, jusqu'au ministre, et la décision de celui-ci peut être portée devant le Conseil d'État.

La partie ayant satisfait à la règle *ejus est interpretari* en provoquant une décision interprétative de l'autorité qui a fait l'acte, peut également déférer cette décision au Conseil d'État *omisso medio* sans être obligé de recourir préalablement aux supérieurs hiérarchiques de cette autorité. Cela, parce que le recours en interprétation devant un fonctionnaire actif est un recours hiérarchique et non contentieux, et qu'il importe de donner aux parties une solution définitive assez rapidement. Il est probable que le Conseil d'État poussera encore plus avant les conséquences de son sys-

tème de simplification et admettra sa compétence directe en vertu du jugement qui renvoie la question préjudicielle d'interprétation, l'autorité qui a fait l'acte n'étant plus du tout consultée.

On pourrait invoquer, en ce sens, l'article 9 de la loi de 1872 car le jugement de renvoi crée par lui-même un contentieux. En effet, un contentieux peut être porté devant le Conseil d'État toutes les fois que l'acte à interpréter ne relève pas du Conseil de préfecture (Art. 9 de la loi de 1872).

La règle *ejus interpretari* ne peut s'appliquer au cas où il faut apprécier la *validité de l'ordre*. On ne peut, en effet, demander à l'auteur d'une injonction arguée d'illégalité s'il est vrai qu'il a violé la loi. Sa réponse risquerait de ne pas être sincère.

Le Conseil d'État, après avoir accepté la compétence du ministre comme juge ordinaire du contentieux administratif, après avoir même affirmé qu'elle excluait le recours direct à sa barre (Commune Sainte-Marie-du-Mont, 13 novembre 1874), a reconnu que ce recours direct est légal et que le Conseil d'État peut toujours être saisi *omisso medio*. (Ville de Cannes, 28 avril 1882.)

δ. — *Effets*. — A la différence du recours pour excès de pouvoir qui est une voie de nullité objective et opère *erga omnes*, le contentieux de l'interprétation ne peut produire d'effets *qu'inter partes*.

Il aboutit à faire préciser le sens et la véritable por-

tée d'un acte administratif ou à faire apprécier sa validité, mais il laisse subsister ledit acte bien qu'il le déclare illégal. La sentence du juge de l'interprétation s'impose entièrement et absolument au tribunal chargé de trancher le fond du litige, c'est-à-dire qu'elle ne constitue pas, aux yeux de ce tribunal, quelque chose comme le résultat d'une enquête, d'une mesure d'investigation soumise à son appréciation, d'une expertise, mais une réponse formelle qu'il ne lui appartient pas de discuter et dont il doit appliquer forcément les conséquences. Cela est très naturel, puisque le tribunal administratif est compétent et que le tribunal judiciaire ne l'est pas. Il y a en somme une question de rapports entre les deux espèces de juridictions. L'une a statué et son jugement, régulièrement rendu, a acquis l'autorité de la chose jugée qui va s'imposer à l'autre devant statuer à son tour, parce que la situation, telle qu'elle a été déterminée par la première juridiction, va amener des conséquences forcées que la deuxième aura le devoir de tirer.

ε. — *Le contentieux de l'interprétation ne peut-il être mis en mouvement dans les cas où le conflit ne peut pas être élevé ?*

Le texte de l'ordonnance de 1828 écarte un certain nombre de juridictions devant lesquelles le conflit ne peut pas être élevé. De plus, la jurisprudence a admis que devant quelques autres, il y avait impossibilité,

parce que certaines formalités de procédure ne pouvaient pas être accomplies.

La pensée de l'ordonnance de 1828 paraît avoir été de ne pas permettre à l'administration, sous prétexte de conflit, d'en arriver à soustraire ses agents coupables aux peines encourues. En matière criminelle et à part quelques exceptions en matière correctionnelle, la compétence exclusive du contentieux de l'interprétation appartiendra aux tribunaux judiciaires.

Quant aux inductions de la jurisprudence, elles sont très souvent arbitraires (conflit possible devant la Cour d'assises à raison de l'action civile), et il faut bien reconnaître que ce résultat a son germe fatal dans le système établi de la confusion des pouvoirs. De ce que, pour une raison ou pour une autre, le conflit est impossible, s'ensuit-il qu'une juridiction ordinaire ne puisse, si elle ne croit pas posséder les lumières nécessaires pour apprécier un ordre administratif, réclamer de l'administration l'examen de cet ordre ?

Observons que la question est purement théorique. Nous ne croyons pas qu'un tribunal, dont la fonction propre est d'interpréter les actes juridiques, qui a les moyens pratiques de recueillir de par le témoignage des fonctionnaires tous les éclaircissements possibles, adresse une question préjudicielle pour laquelle il est compétent, à une juridiction externe, alors surtout qu'aucune règle légale ou jurisprudentielle ne l'y oblige. En tous cas, nous n'en connaissons pas d'exemple.

Cependant, si le fait se produisait, si les juges reconnaissaient que l'interprétation de la justice administrative est nécessaire à la manifestation de la vérité, nous pensons que l'administration ne pourrait se déclarer incompétente :

1° L'ordonnance de 1828 défend l'élévation du conflit pour ne pas laisser s'établir une protection scandaleuse des fonctionnaires indignes. Mais elle ne peut avoir pour effet de paralyser la procédure des tribunaux de droit commun, lorsqu'ils estiment eux-mêmes indispensable de renvoyer aux juges administratifs une question préjudicielle. L'objet de l'ordonnance est plus réduit. Elle vise uniquement les prétentions du gouvernement et de l'administration. Elle empêche leur incursion dans le domaine des lois pénales et se trouve du même coup réduire, en fait, la compétence de l'administration agissant *proprio motu*. Mais elle ne paralyse pas la liberté d'action des tribunaux répressifs, et il y aurait abus à retourner une mesure de protection contre l'organe protégé.

2° Les inductions de la jurisprudence sont fondées sur ce que, dans certains cas, il n'y a pas d'intermédiaire entre le tribunal judiciaire et le tribunal administratif, non point sur ce que l'acte, d'après *sa nature*, ne peut être soumis aux investigations de l'administration. La meilleure preuve en est que dès la réapparition de l'intermédiaire (le procureur de la République)

le conflit redevient possible au sujet du même acte qui, tout à l'heure, était protégé contre lui.

En justice de paix, il y a bien un ministère public, mais ce n'est pas le procureur, et l'interprétation servile de l'ordonnance de 1828 exclut la possibilité du conflit. Devant le tribunal de 1^{re} instance saisi de l'appel d'une sentence du juge de paix, il y a un procureur et l'éventualité d'un conflit. Par conséquent, à raison de la nature de l'acte, l'administration est absolument compétente. Si elle se trouve momentanément empêchée d'agir, c'est par une pure impossibilité de fait qui n'affecte en rien son droit. Dès lors, vient-elle à être saisie régulièrement par un moyen autre que le conflit, quelle fin de non-recevoir pourrait-elle bien opposer ?

3° L'esprit de l'ordonnance de 1828 respecté, en ce que l'administration est saisie non par la procédure des conflits mais par la volonté même de la juridiction compétente, le vice provenant de l'impossibilité des formes levé par suite d'un jugement de renvoi, il faut encore ajouter aux raisons qui militent en faveur de la compétence administrative, qu'il est de jurisprudence que l'administration ne peut refuser sur la demande d'un tribunal judiciaire, l'interprétation ou l'appréciation d'un acte administratif, alors même que le sens en serait éminemment clair ou la validité pleinement évidente.

Il reste à faire une remarque très importante sur les effets particuliers de l'appréciation d'un acte par l'admi-

nistration, en dehors des cas où le conflit peut être élevé. Nous avons dit plus haut que la sentence du juge de l'interprétation s'imposait absolument et entièrement dans son sens et ses conséquences au tribunal ordinaire chargé de trancher le fond du litige et qu'on ne pouvait la considérer comme le résultat d'une espèce d'expertise, soumis par conséquent à ses critiques.

Ce n'est là qu'une application du principe de la séparation des pouvoirs et des prérogatives de l'administration sur l'appréciation des actes administratifs. La formule pratique de cette application a été de reconnaître une compétence exclusive sur les actes administratifs à la juridiction administrative, et de sauvegarder cette compétence au moyen de la procédure des conflits.

Mais ces principes comportent des exceptions : justement celles énumérées par l'ordonnance de 1828 et celles assimilées par la jurisprudence. Dans ces cas exceptionnels, la compétence administrative n'est plus un obstacle à l'examen du tribunal ordinaire puisque la loi elle-même et une jurisprudence constante enlèvent à l'administration, pour les motifs les plus divers, la connaissance d'un acte administratif, afin de le soumettre à l'appréciation de ce tribunal.

Il se produit cette conséquence que les juridictions de droit commun peuvent juger en pleine indépendance un acte qui, en d'autres circonstances, n'aurait pu leur être déféré, et que l'administration sera paralysée dans le droit au maintien de sa compétence. Si la compé-

tence est judiciaire, les juridictions de cet ordre n'auront à s'occuper d'aucune coercition possible *a priori* d'une force extérieure sur le sens de la sentence à rendre. Tous les éléments d'information, tous les procédés ayant pour but la découverte de la vérité, seront soumis à leur libre critique. Ces éléments ne vaudront qu'en ce que la justice leur aura découvert une valeur, et ils n'auront une signification que dans le sens où elle aura décidé qu'ils pouvaient en avoir une.

Par conséquent, l'interprétation de l'administration, sollicitée par le juge du fond, dans ces cas, ne sera plus qu'un élément de conviction sans doute très précieux, mais soumis lui aussi aux critiques de ce juge. La solution contraire ne peut être admise sans ruiner du même coup la compétence attribuée par la loi au tribunal ordinaire.

En résumé, dans la majorité des cas, la sentence du juge de l'interprétation est coercitive, parce qu'elle procède d'une compétence propre et exclusive.

Dans les cas exceptionnels où le conflit ne peut être élevé, cette même sentence, sollicitée par un jugement ordonnant un supplément d'information, n'a que la simple valeur explicative d'une expertise ordinaire, parce qu'elle ne procède plus d'une compétence propre et exclusive.

§ 3. — *Mesures dirigées contre la personne à l'occasion d'une instruction*

Le seul fait de l'existence d'une circulaire, isolé ou suivi de mesures d'exécution, peut constituer, dans certains cas, un acte criminel ou délictueux. Il peut même, en dehors de ces circonstances, avoir pour résultat de causer un préjudice aux particuliers.

Dans la première hypothèse, il y aura lieu, suivant les principes généraux, à des poursuites pénales contre le ou les coupables, et également à des poursuites civiles en réparation du préjudice causé (art. 1^{er} I. cr.).

Dans la deuxième, la question de savoir si le droit à indemnité subsiste et contre qui ? sera infiniment plus délicate.

Nous ne supposerons pas généralement que le préjudice supporté par un particulier, du fait de l'administration, trouve sa cause dans un crime ou un délit imputable à ses fonctionnaires, et par conséquent, nous laisserons de côté la mise en mouvement et les effets de l'action pénale. Si cependant nous sommes amené à poser un terme générateur tombant sous le coup des lois répressives, nous l'examinerons uniquement comme délit ou quasi-délict civil, du point de vue de l'action pécuniaire en réparation intentée par voie principale.

Aussi bien, dans les hypothèses pratiquement assez

rare où un fonctionnaire a commis un crime ou un délit dont il doit être déclaré responsable, nulle difficulté ne s'élèvera-t-elle. Le droit commun s'applique absolument : poursuites pénales engendrant au profit de la personne ayant subi grief un recours accessoire en indemnité (art. 1^{er} Ins. Criminelle) d'après les articles 1382 et 1384 du Code civil. Au surplus nous avons examiné plus haut le principe de l'imputabilité pénale à l'égard des fonctionnaires.

Nous envisageons uniquement un dommage matériel ou moral résultant du mauvais exercice du pouvoir de direction hiérarchique, mais ne procédant pas, presque toujours, d'une cause délictueuse. En tout cas, si véritablement il en est la conséquence, nous supposons un recours en indemnité entièrement inconditionné par l'action publique.

Il faut reconnaître tout d'abord que ce dommage interviendra surtout à propos des mesures d'exécution des services publics.

Une opération de gestion basée sur une instruction préalable a fait grief.

Pourra-t-on admettre une responsabilité, et, si on le peut, sur quelle personne la fixer : l'auteur de l'ordre, l'agent d'exécution, l'organe administratif qui peut avoir absorbé la personnalité de son représentant, ou enfin l'Etat lui-même qui s'est engagé à assurer la bonne marche des affaires publiques ?

Comment les tiers seront-ils admis à poursuivre la

réparation en argent du tort subi et quels principes de droit invoqueront-ils pour affirmer leur faculté d'établir ce tort ?

L'étude des raisons théoriques qui devraient fonder la responsabilité de l'administration et de ses agents et fixer son étendue, la détermination des principes juridiques auxquels, dans la notion du juste, ces raisons devraient se rattacher, sont un objet de la plus haute importance, mais qui dépasse le cadre modeste que nous nous sommes tracé.

Ici encore, nous nous abriterons derrière un point de vue plus particulier. Sans rechercher le mode parfait qui puisse sauvegarder le salut de l'unité politique et maintenir indemnes les droits et la liberté des citoyens, nous constatons ce qui est en fait, nous prenons telles qu'elles sont les solutions de la jurisprudence, tâchant seulement de découvrir leur point d'appui juridique.

Un préjudice rattachable à une instruction étant posé, l'intéressé qui voudra en poursuivre la réparation va se trouver en présence :

- 1° D'une mesure d'exécution qui lui fait grief ;
- 2° D'un ordre administratif qui a suscité cette mesure ;
- 3° De l'administration publique au non de laquelle ces actes sont intervenus.

En général : 1° La responsabilité du fonctionnaire trouvera sa place lorsque l'acte critiqué lui sera personnellement imputable ou qu'il ne pourra pas être endossé par l'administration ;

2° La responsabilité de l'administration publique, personne morale, trouvera sa place dans une série d'autres cas

3° La responsabilité cumulée du fonctionnaire et de l'administration, dans les termes de l'article 1384 du Code civil, sera applicable lorsque cette dernière administrera vraiment sa propre chose.

A. — *Responsabilité personnelle du fonctionnaire.*

— Il semble qu'il faille partir ici de cette définition donnée par la Cour de Dijon en 1876 : « L'acte administratif n'est pas celui que le fonctionnaire fait, mais celui que la loi lui donne le pouvoir de faire. » (D. P. 78. 2. 31.)

Tels agissements d'un fonctionnaire qui présentent en apparence le caractère d'un acte d'administration ne contiendront dans la réalité rien d'administratif, parce que celui-ci n'avait pas le pouvoir de les exercer.

Dès lors, il faut se demander si le fonctionnaire disparaît devant l'objectivité d'un acte légal et valide ou bien si l'acte, ne pouvant revêtir la personnalité de l'administration, n'est qu'une espèce de voie de fait isolant son auteur et militant contre lui : en d'autres termes, s'il n'y a pas fait personnel du fonctionnaire.

Quelles fautes détruisent l'objectivité de l'acte administratif pour constituer un fait personnel ?

S'ils se sont conformés à l'esprit de leurs fonctions, s'ils n'ont pas outrepassé leurs pouvoirs, les fonctionnaires n'ont pu engager leur responsabilité à l'égard du particulier.

Ils demeurent complètement irresponsables et si un

préjudice a été causé et a finalement abouti à une indemnité, ce n'est pas contre eux que le recours a pu être dirigé. Ce n'est pas à raison d'une faute qu'ils auraient commise que l'administration a indemnisé.

On demande au fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions d'être non pas un homme modèle, mais un homme ordinaire, d'apporter dans son service non pas un soin ou une diligence excessives, mais le soin et la diligence d'un homme normal, non pas d'éviter les erreurs que peut éviter un esprit éminemment éclairé et sagace, mais de ne pas commettre les fautes que ne commet même pas l'homme le moins intelligent, dans la conduite de ses affaires.

En somme, comme dit M. Laferrière, on ne lui demande que de ne pas sortir par une faute excessive, des traditions de la fonction « et de ne pas faire apparaître dans le fonctionnaire l'homme avec ses passions et ses défaillances ».

Sans doute, le fonctionnaire pourra se rendre coupable d'erreurs assez graves et, quoique ne dépassant pas les traditions de la fonction, capables d'occasionner un préjudice aux particuliers. Néanmoins il sera à l'abri de toute atteinte pécuniaire. L'administration endossera la responsabilité de son fait, et, par un phénomène de dénaturation très fréquent en notre matière, la situation de la partie lésée vis-à-vis de l'acte incriminé ne sera plus conditionnée par l'idée de faute. Celle-ci aura disparu en même temps que disparaissait

la subjectivité de l'acte, absorbée spontanément par l'évocation de l'administration. Mais il n'est pas dit que la faute légère de cet administrateur négligent n'aura aucune espèce de conséquence. Elle sera impuissante à susciter la responsabilité pécuniaire de son auteur, mais elle pourra, si elle est suffisamment caractéristique, susciter, même bien que peu grave, sa responsabilité administrative et provoquer certaines mesures disciplinaires.

Au contraire, l'erreur commise est-elle tellement excessive qu'elle dépasse les traditions de la fonction, l'administration ne pourra la prendre en charge, car il lui sera impossible de considérer qu'elle doit résulter, qu'elle peut même résulter d'un acte administratif, parce que si le fonctionnement des services publics implique une certaine tolérance de médiocrité, cette médiocrité a forcément une limite. Il y aura donc une œuvre personnelle, une véritable superfétation nécessairement détachable de l'opération administrative, parce que cette opération ne peut se présenter à un tel degré d'imperfection. Le fonctionnaire ayant agi de son propre mouvement, ayant outrepassé de lui-même ses pouvoirs légaux, aura dépouillé la personnalité particulière qu'il revêtait de par ses fonctions et se sera placé sur le terrain du droit privé. Son acte apparaîtra comme résultant de son initiative privée d'homme, dans laquelle sa qualité de fonctionnaire n'est nullement intervenue. N'étant plus protégé par les préro-

gatives de l'administration, cet acte entraînera toutes les conséquences qui résultent des fautes en droit commun. L'article 1384 du Code civil lui sera applicable.

Il devient très difficile en pratique de faire dans tous les cas nettement la différence entre le fait de service imputable à l'entreprise administrative elle-même et le fait personnel détachable de l'acte d'administration. Du moment qu'il s'agit d'établir une ligne de démarcation, et de ranger d'un côté certains actes et d'un autre côté certains autres d'après un critérium nécessairement arbitraire, puisqu'il sera formé d'une appréciation pratique de plus ou moins, cette ligne sera susceptible de varier. Quoi qu'il en soit, les tribunaux administratifs aussi bien que les tribunaux judiciaires reconnaissent et appliquent le principe de cette distinction d'une manière constante, et on pourrait dresser une liste des cas pour lesquels les catégories sont définitivement posées.

Toutes les fois qu'un fait personnel sera imputable, en tant que faute lourde, à un agent administratif, que ce fait soit dû à l'envoi d'un ordre du supérieur hiérarchique ou à la libre initiative de son auteur, la responsabilité pécuniaire de ce dernier se trouvera engagée. Seulement, dans le premier cas, il pourra y avoir en plus adjonction de la propre responsabilité civile du supérieur.

A l'inverse, si l'instruction est exclusive de faute chez

le subordonné, le fait personnel est imputable au supérieur seul, et seul il est tenu de réparer le dommage.

En résumé, il s'agit de faire jouer simplement les principes du droit commun. L'acte dommageable est-il le fait d'un seul ou de plusieurs ? L'auteur a-t-il commis une faute lourde, et s'il y a co-auteurs, quelle négligence incombe à chacun ?

B. — *Responsabilité de l'administration, en tant que personne morale publique.* — a) *Fondement juridique.* — Nous ne sommes plus ici sur le terrain du droit commun mais bien dans une matière exceptionnelle.

La faute personnelle du fonctionnaire écartée, l'acte administratif émane véritablement de l'administration elle-même. Or, celle-ci possède des prérogatives. Par sa situation même, elle exerce des droits exorbitants et place son activité au-dessus de la critique des citoyens. Dans l'intérêt général, cette activité, pour être bien-faisante et fructueuse, comporte une grande indépendance, une certaine irresponsabilité, et même une certaine présomption d'infailibilité. Les principes du droit commun, établis pour régler les rapports de sujets juridiquement égaux entre eux, ne peuvent s'exercer, en quelque sorte, que dans le même plan. Ils seront impuissants, issus de la faculté d'un particulier, à se hausser jusqu'au niveau de l'administration.

Si donc un acte administratif a causé un dommage, ce n'est pas en vertu de l'idée de faute, au sens civil

du mot, qu'il sera réparé, car l'administration ne peut commettre une telle faute, mais pour d'autres motifs très différents :

« D'abord, si l'administration cause des préjudices à quelques-uns, c'est pour l'exécution des services publics, c'est-à-dire pour le bien de tous, et il serait souverainement injuste que les uns pâtissent pour les autres » (1). L'indemnité sera une contre-partie des prérogatives de la puissance publique.

Voilà déjà une considération de haute convenance sociale, mais ce n'est pas encore un principe juridique.

A la vérité, celui-ci n'apparaît pas unique aux yeux de la jurisprudence et il semble falloir le rattacher à un système d'analyse calqué sur les diverses faces d'une situation complexe, et chercher pour chacune la solution compatible avec sa nature particulière.

Le dommage résulte-t-il d'une dépossession définitive d'un objet de propriété ? Le fondement du droit à indemnité résidera dans le résultat même de l'opération. « Le droit de propriété est le seul qui puisse subir ce préjudice spécial qui s'appelle la dépossession, préjudice qui est suffisamment injuste par lui-même pour justifier une réparation juridique » (2).

Le dommage se présente-t-il comme la conséquence

1. Hauriou. *Traité de droit administratif*.

2. Hauriou. *Ibidem*.

inévitable d'une opération administrative spéciale, le fondement de l'indemnité peut être tiré de l'idée de gestion publique. Les administrés dont les propriétés subissent des dépréciations ou des servitudes d'utilité publique par suite d'opérations spéciales accomplies par l'administration, doivent être considérés comme ayant concouru par ce sacrifice à l'œuvre commune et comme ayant acquis par là des droits à l'indemnité. (Conseil d'État, Favril et Flacon, 24 mars 1899.)

Enfin, le dommage, conséquence de l'opération administrative spéciale, n'en est-il pas une suite nécessaire, mais bien un résultat accidentel rendu possible par suite d'une erreur légère ? Il suffira que l'administration prétende que cette erreur n'est pas le fait personnel d'un fonctionnaire déterminé, pour qu'elle dépouille instantanément son caractère de faute et se mue en un « accident » imputable à l'entreprise seule. « Les choses se passent comme si la puissance publique était le gérant d'une entreprise industrielle, que l'exécution des services publics fût cette entreprise et que les administrés y fussent employés. C'est-à-dire que la notion de l'accident administratif paraît se rapprocher de celle de l'accident industriel telle que l'a posé la loi du 9 avril 1898 » (1).

1. Hauriou, *op. cit.*, et : Conflits, 30 mai 1850, Manoury ; 1^{er} février 1873, Blanco ; 8 décembre 1893, Gessler.

C. E., 6 décembre 1855, Rotschild ; 15 avril 1868, Boudet.

C. E., 21 juin 1895, Cames ; S. 97.3.33 et note.

Cassation, 4 avril 1876. Lare-Brusset ; 19 novembre 1883. Ministère de la Marine.

La jurisprudence nous semble évidemment admettre ces raisons juridiques pour fonder le recours des intéressés, mais il faut avouer qu'elle n'en tire pas toutes les conséquences qu'elles comportent ; cela sans critiquer la distinction du fait personnel et du fait de service, ni l'existence d'une assurance mutuelle contre les à-coups devant fatalement se produire dans la marche des services publics.

D'une part, le fonctionnaire est déclaré responsable à l'exclusion de l'État pour le fait personnel. Celui-ci caractérisé par la faute lourde a perdu tout caractère administratif. Au contraire, auteur d'un fait de service, ce même fonctionnaire n'est jamais responsable grâce à un phénomène de dénaturation produit spontanément par l'évocation de l'administration (1).

1. Ce phénomène de dénaturation est particulièrement saisissant lorsqu'il s'agit de travaux publics.

Non seulement, il convertit la faute légère d'un fonctionnaire en fait de service, mais il absorbe avec une égale facilité la faute lourde bien caractérisée.

Dans les hypothèses d'accidents (faits de service) il *suffit* que l'administration *prétende* qu'elle est responsable à raison de la seule existence de l'ouvrage public pour qu'on ne puisse plus rechercher si le préjudice résulte de la faute d'un agent. (Conf., 10 nov. 1900, Espitalier, S. 1900. 3.33.)

Dans les hypothèses de dommage : Si, dans l'exécution d'un travail public, un dommage se produit, le caractère de faute disparaît pour faire place à celui d'accident et, à la différence de la faute, l'accident peut être considéré comme une conséquence normale de l'opération administrative, en vertu de ce principe que les grandes entreprises sont inséparables de certains accidents dont elles ont la charge. (Conseil d'État, 21 juin 1895. Cames.)

D'autre part, véritablement hypnotisée par les prérogatives de la puissance publique qu'elle veut voir partout et craignant de les blesser à tous propos, la jurisprudence repousse toute idée de coexistence de la responsabilité de l'État avec celle du fonctionnaire auteur du dommage illicite et quand elle consacre celle-là en dehors de textes formels, c'est après avoir pris garde que l'équité était conciliable avec les besoins du service :

Arrêt Blanco (1^{er} février 1873, Conflits) :

« Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'État pour des dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes du droit civil... Que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, qu'elle a des règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés. »

Il semble permis de constater d'une façon générale que ce ne devrait jamais être les besoins du service qui conditionnassent l'équité, mais justement tout le contraire (1).

Ensuite, si l'on admet une assurance mutuelle contre les risques inévitablement liés à toute mesure de ges-

1. A la vérité, en dehors des textes formels, la jurisprudence fait fléchir de plus en plus la nécessité des besoins du service pour accorder

tion, pourquoi ne pas appliquer à plus forte raison cette théorie au fait personnel. Il est certain que les fonctionnaires commettront des fautes lourdes dans la gestion des services publics. Elles seront moins fréquentes que les fautes légères à la vérité, mais tout aussi inévitables. De ce fait, pourquoi ne pourraient-elles fonder l'assurance ! Est-il illogique d'admettre à la fois, la responsabilité civile de l'agent et la responsabilité plus particulière de l'État ; de faire fonctionner concurremment l'article 1382 du Code civil et la théorie des risques ? En cas d'obligations parallèles, peut-on invoquer aussi une fin de non-recevoir écartant l'une pour ne laisser subsister que l'autre !

l'indemnité, à raison d'accidents arrivés dans la marche des services publics.

Par exemple :

Service des ports : Conseil d'État, Tysack, 6 mai 1881 : Chedru et Craquelin 27 juin 1890.

Service militaire : Conseil d'État, Coste, 3 mars 1899. Dame Gillet, 3 août 1900.

Abordage des transports : Conseil d'État, 16 mars 1900, Brown.

Service des ateliers, manufactures, arsenaux : Conseil d'État, Dame Guignet, 25 mai 1900. Voilard, 21 décembre 1900.

Service des expositions universelles : Conseil d'État, Miramont, 24 avril 1885.

Insuffisance de surveillance des crues : Conseil d'État, Société des Produits céramiques de Boulogne, 13 janvier 1899.

Retards de paquebots : Conseil d'État, Compagnie des Chargeurs Réunis, 16 décembre 1898.

L'explication de la timidité apparente des procédés de la jurisprudence git dans la conception française de l'administration publique. Celle-ci, armée de ses prérogatives, a construit en sa faveur un droit prétorien et, par sa branche juridictionnelle issue de la confusion des pouvoirs et animée, grâce à la confusion des fonctions de l'esprit des administrateurs actifs, a visiblement cherché à le sauvegarder. Pour plusieurs catégories de faits, et les plus importants, elle a substitué au principe d'obligation qui consacre la dépendance, le principe d'introspection qui affirme le libre examen de celui qui devrait être tenu. Elle a admis que l'indépendance de la puissance publique ne pouvait supporter, la plupart du temps, une justice distributive, et qu'il était nécessaire de se demander si les droits de l'État pouvaient se concilier avec les droits des particuliers.

Interprétant tout un système de garanties finalement arrêté dans la procédure des conflits, l'administration s'est appliquée à réserver pour elle-même, le plus souvent possible, l'examen de cette question en écartant la compétence judiciaire.

Le résultat a été que les faits ont régi les principes, mais que les principes n'ont pas régi les faits.

b. — *Compétence.* — Puisque la responsabilité de l'administration est régie, non par les règles de la justice distributive, mais par celles d'un droit prétorien, la compétence judiciaire sera le plus souvent mise de

côté et remplacée par la compétence administrative.

α) Pour les théories reposant sur l'atteinte au droit de propriété, (dépossession définitive d'un objet de propriété par voie d'expropriation directe ou indirecte), la compétence est judiciaire, les tribunaux de cet ordre étant constitués les gardiens de la propriété privée. Une observation intéressante dans cette matière, réside en ce que si la dépossession, soit par légèreté, soit par suite d'ordres erronés, constitue un fait de service, l'administration admet le fonctionnement parallèle du droit civil et de son droit prétorien. Cela ouvre : 1^o l'action judiciaire en indemnité de dépossession ; 2^o le recours administratif en indemnité pour fait de service. (Conseil d'Etat, 31 juillet 1896. Carré.)

L'existence du fait de service semble difficile à admettre dans le cas d'une expropriation pour cause d'utilité publique, à raison de toutes les précautions de procédure qui y sont prises : Déclaration d'utilité publique, enquête, désignation de terrains. Mais il sera peut-être très fréquent et très admissible dans de nombreux cas d'expropriation indirecte (emprise, dépossession par suite de plans d'alignements dans les villes etc.), parce que là, le transfert de propriété sera opéré sans procédures ou avec des procédures moins protectrices.

β) Pour les théories reposant sur le préjudice il y a partage de compétence. Les cas de dommages et de faits de services relèvent de la compétence administra-

tive, car il s'agit de préjudices liés à la marche des services publics et par conséquent de « gestion publique ».

Tantôt c'est le Conseil de préfecture qui est juge ordinaire en premier ressort, comme par exemple en ce qui concerne les opérations de travaux publics ; tantôt c'est le Conseil d'État en premier et dernier ressort. Cela se produit d'une façon générale pour toute espèce d'accidents ou de préjudices pécuniaires survenus dans l'exécution d'un service public quelconque : Accidents aux personnes dans les manufactures de l'État, accidents survenus pendant les exercices de tir sur les champs de manœuvre, préjudices occasionnés par des erreurs, des pertes de documents, etc.

Enfin, les tribunaux judiciaires sont compétents lorsqu'un texte spécial le déclare : Par exemple pour l'exécution du service des Chemins de fer de l'État (Loi du 15 juillet 1844, art. 22), pour les accidents survenus à l'école pendant les heures de service (Loi du 20 juillet 1889).

γ) Pour les théories reposant sur le fait personnel la compétence est judiciaire. Puisque le fonctionnaire coupable, s'est de lui-même placé dans la situation ordinaire des *obligés* en dépouillant son caractère administratif, il sera jugé comme tout le monde.

C. — *Responsabilité de l'administration en tant que personne morale privée.* — L'administration revêt

le caractère d'une personne morale privée, lorsqu'elle administre vraiment sa propre chose. Tout à l'heure elle agissait au nom de tous, elle visait au maintien de l'unité et du salut politiques et, pour accomplir cette tâche, était protégée par des prérogatives. Maintenant, elle se conduit comme tout propriétaire gérant ses affaires. Elle manie ses seuls intérêts particuliers, elle agit exclusivement en son nom personnel. Les prérogatives qui la plaçaient au-dessus du droit commun ne pourraient plus s'expliquer et ne subsistent pas. Puisqu'elle est devenue comme tout le monde, elle devra être traitée comme tout le monde. Les principes du droit civil lui seront par conséquent applicables. La loi elle-même l'a formellement déclaré pour un point spécial (art. 2227 du C. civ.).

La théorie des fautes fonctionnera dans toute son ampleur dès qu'un préjudice sera causé aux tiers par un fait quelconque des agents de l'État. Il y aura, selon l'article 1384 alinéa 3, cumul de la responsabilité du préposé : le fonctionnaire, et de celle du commettant : l'État.

Les hypothèses régies par le droit commun ne seront pas bornées seulement aux préjudices occasionnés dans l'administration du domaine privé (Conflits, 30 mai 1884, Linar), mais elles s'étendront encore aux préjudices occasionnés dans l'exécution de certains services d'État : Aux chemins de fer de l'État, en tant que l'administration y fait œuvre industrielle et commerciale (Cass.

Crim., 8 février 1905, Brulon), aux accidents industriels survenus dans les ateliers et manufactures de l'Etat depuis la loi du 9 avril 1898.

CHAPITRE IV

Les Prérogatives de la Puissance exécutive

Nous ne voulons pas revenir, en examinant les instructions du point de vue des prérogatives de la puissance exécutive, sur l'importance considérable du pouvoir de direction hiérarchique, exercé dans ses limites légales avec un esprit conforme à son but. Nous avons déjà montré l'étendue et la nécessité de ces prérogatives, tant pour préparer et ordonner les décisions de principe, la conduite à tenir dans les circonstances difficiles, que pour expliquer et interpréter, dans l'intérêt des agents subalternes, les diverses règles légales.

Aussi bien, les exemples de ce rôle préparatif, interprétatif et d'adaptation de l'instruction administrative sont innombrables. A ceux déjà cités, nous pouvons en ajouter quelques autres.

1^o Instructions générales du ministre des Finances sur la situation des fondés de pouvoir des percepteurs ;

2^o Circulaires du ministre des Cultes relatives à l'application des diverses lois de séparation des Eglises et de l'État notamment : a) 1^{er} décembre 1906, *Journal Officiel* du 2 décembre 1906 : Conditions d'exercice du

culte à défaut d'associations cultuelles ; *b*) 5 avril 1907, *Journal Officiel*, même date : Attribution des biens ecclésiastiques grevés d'une affectation étrangère à l'exercice du culte ; *c*) 24 mars 1906, *Journal Officiel*, 25 mars 1906 : Pensions et allocations qui peuvent être accordées par les communes aux ministres des Cultes.

3° Circulaire du ministre de l'Intérieur relative à l'interdiction des jeux de hasard, 17 janvier 1907, *Journal Officiel*, 19 janvier 1907.

4° Circulaire du ministre de l'Instruction publique du 13 mai 1887 : Admission à la retraite des instituteurs *J. off.*, 14 mai 1887. Déplacement d'instituteurs *J. off.*, avril 1906.

5° Circulaire du ministre de la Guerre relative à l'application aux déserteurs de la loi d'amnistie du 12 juillet 1906. *J. off.*, 21 juillet 1906. Circulaire, même date, sur les conditions d'avancement et l'affectation des recrues.

6° Circulaires du garde des Sceaux : *a*) Sur les difficultés créées par l'emploi exclusif de la formule du législateur de 1904 relativement à l'éducation des pupilles de l'Assistance publique, difficiles ou vicieux, 22 décembre 1907 ; *b*) Sur les vagabonds et mendiants par nécessité 2 mai 1899 ; *c*) Sur l'admission des ouvriers aux fonctions de juré, 28 janvier 1908.

Mais nous voulons ici, surtout, marquer que l'administration ne se contente pas seulement d'user de ses prérogatives dans leurs limites légales et avec un esprit

conforme à leur but, mais qu'elle éprouve quelquefois le besoin de briser toute entrave pour se dresser dans une indépendance absolue en face des textes de lois. Cette attitude paraît procéder d'une tendance certaine à l'absolutisme que toute administration possède du fait même de son existence et qu'elle cherche à développer le plus largement possible. Elle semble viser à s'établir hors de l'état de droit pour appliquer, ne pas appliquer ou modifier les lois à son gré.

Il suffit que l'administration ne rencontre ou croit ne rencontrer dans la sphère où elle se meut aucun droit acquis des administrés, pour qu'elle viole impunément la loi ; ainsi est la décision du ministre de la Guerre ajoutant des épreuves non prévues par le décret du 10 mai 1880 à l'examen des engagés conditionnels d'un an (Conseil d'État, 10 novembre 1887, Lefebvre). Le Conseil a considéré que la situation de candidat à un examen n'implique par elle-même aucun droit acquis.

Ainsi, certaines décisions de contrôle de tutelle sur les administrations locales, celles-ci n'étant pas considérées comme ayant des droits individuels opposables à l'administration supérieure. (Conseil d'État, 2 avril 1897, Côtes-du-Nord.)

Il suffit même, malgré l'obstacle des droits acquis, que le pouvoir de direction hiérarchique désire augmenter la part d'activité ou de puissance de l'administration pour qu'il se considère le droit de passer outre

sans chercher d'autre fondement à son action que son intérêt ou son seul vouloir :

Ainsi, la circulaire du 6 avril 1904, prescrivant aux employés d'octroi d'exercer le droit de visite à l'égard des voyageurs à pied en violation des articles 30 et 31 de l'ordonnance du 8 décembre 1814.

Ainsi, les instructions des préfets aux officiers de police judiciaire, prescrivant au mépris de l'article 275 du Code pénal, l'arrestation et la conduite au parquet de tout mendiant, qu'il soit valide ou non, alors qu'il n'existe pas de dépôt de mendicité dans le département.

Ainsi, la faculté de réglementer ou d'autoriser les jeux de hasard dans les lieux où il existe des eaux minérales, accordée au ministre de la Police (aujourd'hui ministre de l'Intérieur) par le décret du 24 juin 1806, article 4 et exercée par lui d'une façon constante comme un véritable droit jusqu'à ces derniers jours, malgré l'abrogation de ce décret par l'article 410 du Code pénal.

Il a fallu arriver à l'année 1902 pour convenir de cette abrogation (Arrêt du Conseil d'État, 18 avril 1902) et c'est seulement en 1907, c'est-à-dire cinq ans plus tard, qu'il s'est trouvé un ministre de l'Intérieur pour mettre cet arrêt à exécution (Circulaire du ministre de l'Intérieur du 17 janvier 1907, précitée). Il y a lieu, en outre, de faire observer qu'entre l'arrêt du Conseil d'État et la circulaire de 1907, se place une autre circulaire du 1^{er} mai 1903 qui autorise formellement le jeu prati-

qué dans certaines conditions en faisant une distinction assez subtile entre les cercles « bien tenus » et ceux qui en réalité ne sont que des maisons de jeu.

Rappelons, au même sujet, la tolérance avec laquelle a été longtemps pratiqué sur les champs de course ce qu'on est convenu d'appeler le pari à la cote et la répression énergique dont il est aujourd'hui l'objet.

N'est-il pas facile de voir que dans cette matière et de tout temps les instructions administratives, c'est-à-dire le bon plaisir de l'administration, ont été en fait, ce qui est illégal, plus fortes que la loi !

Non seulement l'administration élargit son pouvoir discrétionnaire toutes les fois que les règles de son droit prétorien le lui permettent, non seulement elle réclame en sa faveur l'existence d'un droit objectif, émanation d'une force aveugle dans laquelle n'agit aucune volonté consciente et derrière laquelle ne se cache aucune personnalité responsable, mais elle ne veut même pas souvent le rendre équitable par le seul procédé possible : l'examen introspectif. Elle se refuse à faire son examen de conscience, spontanément, comme ce serait son devoir ; elle veut bien observer une moralité administrative, mais seulement jusqu'à un certain point et sans qu'elle en éprouve de la gêne ; et, si elle finit par modifier son état d'esprit c'est bien plus par peur des événements que par sentiment de l'équité.

Ce n'est pas seulement en adversaires des règles

légales que se posent les circulaires administratives, ce n'est pas uniquement une portion de l'autorité de la loi qu'elles cherchent à s'approprier, c'est aussi la liberté de penser, la liberté de vouloir des citoyens qu'elles tentent de confisquer. Lorsqu'il devient nécessaire, pour ceux-ci, d'apprécier la valeur ou l'utilité d'un mode de Gouvernement, d'examiner les problèmes de la politique à l'effet d'exercer leur choix des hommes auxquels ils confieront les destinées publiques, voici que l'administration déplace les points de vue, sème une erreur intéressée dans l'esprit des électeurs et tâche par tous les moyens de faire triompher sa manière de voir. Peu importe que la volonté nationale n'ait pu franchement s'exprimer et peu importe que le bien public doive s'en ressentir pourvu que l'administration fasse consacrer l'attitude du gouvernement dont elle est issue.

La jurisprudence parlementaire offre, à ce sujet, de bien curieux exemples de pression électorale exercée par les autorités administratives. Malheureusement, dominée sans doute par la partialité inhérente à toute majorité, cette jurisprudence n'a pas toujours apprécié d'une manière uniforme la régularité et les conséquences de ces circulaires.

Il a été décidé d'une part que l'on ne doit pas regarder comme des causes de nullité de l'élection :

1^o Une circulaire écrite par le préfet aux maires pour leur recommander une liste, si elle n'impose aucun

choix et se borne à donner des explications et des conseils. (Ch. Législ., 31 mai 1849. Elect. Côtes-du Nord, *Moniteur*, 1^{er} juin, p. 1949.)

2^o Le fait de la part du préfet d'avoir adressé aux maires et juges de paix du département des bulletins de vote, si la circulaire qui accompagne l'envoi est conçue dans des termes qui excluent toute pensée de violence ou d'intimidation, et se borne à des conseils et à une prière de distribution de bulletins. (Ch. Législative, 5 juin 1849. Elect. Yonne. *Moniteur*, 6 juin, p. 1999.)

D'autre part: 1^o Il convient de blâmer une circulaire préfectorale qui désigne des citoyens au choix des électeurs, quelles que soient du reste les circonstances qui puissent atténuer ce tort. (Ch. Législ., 16 juin et 12 déc. 1848. *Moniteur* du 17 juin, p. 1398; du 13 et 14 déc. p. 3550 et 3564.)

2^o On doit voir un abus d'influence capable de faire annuler l'élection dans les circulaires émanées du préfet du département et par lesquelles il recommande nominativement en agissant avec sa qualité officielle un des candidats, et répond en signant avec d'autres candidats, aux attaques dirigées contre ce candidat. (Ch. Législ., 23 août 1848. *Moniteur* du 24, p. 2123.)

3^o A défaut de manœuvres constitutives de pression administrative, l'intervention d'un sous-préfet, n'entraîne pas l'annulation d'une élection départementale, alors même que ce fonctionnaire a recommandé un candidat dans des circulaires adressées aux maires du canton. (C. E. 16, février 1878, 4^e espèce, DP. 78.3.101.102.)

BIBLIOGRAPHIE

- Barthélemy*. — Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés.
- Batbie*. — Traité de droit public et administratif.
- Borsi*. — L'Esecutorieta degli atti amministrativi (Turin, 1901).
- Chauveau*. — Compétence et juridiction administratives.
- Ducrocq*. — Cours de droit administratif.
- Dufour*. — Traité général de droit administratif.
- Duguit*. — L'Etat, le droit objectif.
- Foucart*. — Droit public et administratif.
- Hauriou* (M.). — Précis de droit administratif et de droit public général. 5^e édition.
- Jacquelin* (René). — Les principes dominants du contentieux administratif.
- Laferrière*. — Traité de la juridiction administrative.
- Macarel*. — Cours d'administration et de droit administratif.
- Perreau* (H.). — Du contrôle hiérarchique en matière administrative. (Revue du Droit public et de la Science politique, 1897, n^{os} 3 et 4.)

Rossi. — Traité de Droit pénal.

Trolley. — Cours de Droit administratif.

Vidal (Georges). — Cours de Droit criminel et de Science
pénitentiaire. 2^e édition.

Vu : le Président de la thèse,

JACQUELIN

Vu : le Doyen,
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Page _s
AVANT-PROPOS.....	5
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — La Fonction publique....	7
CHAPITRE I. — Caractères déterminants de l'instruction du supérieur hiérarchique.....	15
§ 1. — La forme et le fond.....	15
§ 2. — L'instruction est-elle un acte administratif.....	31
CHAPITRE II. — Autorité des instructions considérées dans leur rôle interprétatif des dispositions législatives ou réglementaires.....	43
CHAPITRE III. — Situations créées par les instructions.	55
<i>Section I.</i> — Le fonctionnaire donne les instructions.....	55
<i>Section II.</i> — Le fonctionnaire reçoit l'instruction.....	78
<i>Section III.</i> — L'instruction administrative au regard des tiers.....	103
CHAPITRE IV. — Les prérogatives de la puissance exécutive.....	169

